

Stanley L. Paulson*

Ce que nous apprend la *Stufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen

A bien des égards, on serait tenté de voir à l'œuvre deux concepts de droit concurrents dans la théorie de Kelsen, l'un fondé sur l'élément de contrainte, l'autre reflétant le processus de création du droit. Il n'en est pourtant rien. Ces deux concepts sont en fait incorporés dans un même concept de droit. Ce sont en réalité deux points de vue qui se combinent dans un concept de droit unique lequel reflète à la fois l'acte de création et l'élément de contrainte créé. Dans cette entreprise, la *Stufenbaulehre* et, avec elle, l'appareil conceptuel qu'elle fournit, sont essentiels pour comprendre le concept de droit de Kelsen.

Mots-clés : hiérarchie des normes, principe dynamique et principe statique, *Stufenbaulehre*, Hart, Kelsen, Merkl

1 INTRODUCTION

Dans un passage révélateur de sa *Théorie générale du droit et de l'État* de 1945, Hans Kelsen paraît s'éloigner de son concept habituel de droit. Ce dernier est « défini » par Kelsen en termes de possibilité de contrainte posée par la norme juridique complète. Il semble alors remplacer son concept de droit par un autre :

Si nous observons l'ordre juridique dans une perspective dynamique /.../ nous pouvons notamment définir le concept de droit sans tenir compte de l'élément de contrainte.¹

Poursuivant cette idée, Kelsen continue :

est droit tout ce qui a été créé au terme de la procédure de création du droit prescrite par la constitution /.../ La procédure de création des normes juridiques comprend une étape importante, la procédure législative, au terme de laquelle sont créées les normes générales.²

Dans ce dernier passage, Kelsen fait clairement allusion à la *Stufenbaulehre* ou doctrine de la hiérarchie des normes qu'il a reprise en bloc de son collègue, doué mais passablement oublié, Adolf Julius Merkl.³

* spaulson@law.uni-kiel.de | Professeur émérite de droit et de philosophie à l'Université Washington de Saint-Louis, Etats-Unis.

1 Kelsen (1997 : 176).

2 Kelsen (1997 : 176).

3 V. Merkl (1923 : 201-223) et Merkl (1931 : 252-294; 1993 : 437-492). Le texte le plus ancien est la première formulation systématique de la *Stufenbaulehre* de Merkl, tandis que le plus

Sommes-nous donc vraiment en présence de deux concepts de droit concurrents dans la théorie de Kelsen, l'un fondé sur l'élément de contrainte, l'autre reflétant le processus de création du droit ? Je ne le pense pas. Au contraire, je suis tenté de dire que les deux concepts auxquels Kelsen se réfère ici sont en fait les deux faces du même concept de droit ou - dans le langage de Kelsen hérité de Wilhelm Wundt et des néo-kantiens de Baden - deux points de vue (*Betrachtungsweisen*),⁴ qui sont incorporés dans un seul concept de droit. Il y a d'abord un point de vue statique, *ex post*, où l'accent est mis sur la norme juridique édictée et donc sur l'élément de contrainte, et plus tard, il y a un point de vue dynamique ou *ex ante*, précédant l'édition de la norme juridique et soulignant ainsi la procédure de création du droit. Ces deux points de vue sont combinés dans un concept de droit unique qui reflète à la fois l'acte de création et ce qui est créé ou - dans le langage de la *Théorie générale du droit et de l'État* - à la fois la création du droit et l'élément de contrainte. Comme on le verra, la *Stufenbaulehre* - et l'appareil conceptuel que l'on peut en tirer - est essentielle dans cette entreprise, éclairant profondément notre lecture du concept complexe de droit de Kelsen.

Dans une prochaine et deuxième section, je développerai quelques-uns des aspects les plus importants du premier concept de droit de Kelsen, fondé sur l'élément de contrainte. Puis, dans une troisième section, je m'intéresserai à un court passage relatif au second concept de droit de Kelsen qui porte sur la création du droit. Dans une quatrième section, je me pencherai sur l'utilisation, par Kelsen, de ce que l'on appelle la norme juridique complète - une autre doctrine parmi celles qu'il a empruntées à A. J. Merkl. Ici, en ayant recours aux deux concepts auxquels il se réfère dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen lui-même montre que ces concepts ne sont que les deux faces d'un simple concept complexe de droit. Allant au-delà de la structure fondamentale, je m'intéresserai dans une cinquième section à un problème auquel Kelsen a dû faire face dès le début, c'est-à-dire, « l'essence du droit objectif » et la « forme linguistique idéale » de la norme juridique comme il le dit dans son premier grand ouvrage les *Problèmes fondamentaux de la doctrine du droit pu-*

récent comprend sa formulation la plus complète. La *Stufenbaulehre* fut adoptée pour la première fois par Kelsen dans un essai (1924 : 374-408). Kelsen l'a reproduit intégralement dans la *Allgemeine Staatslehre* (Kelsen 1925 : §§32-36, 229-255). Sur la *Stufenbaulehre*, v. l'article riche et lumineux de Borowski 2005. Je souligne l'importance de Merkl dans ma recension des deux premiers volumes de ses *Gesammelte Schriften* (Merkl 1993), Paulson (2004a : 263-264). L'oubli de Merkl est allé si loin que Merkl (1890-1970) a été confondu dans certains milieux avec le théoricien du droit de Strasbourg Adolf Merkel (1836-1896), un partisan de la *Allgemeine Rechtslehre* de la fin du XIX^e siècle sur lequel je ne peux que renvoyer à l'étude remarquable de Funke 2003.

4 V. Kelsen (1911 : 4, 5), avec des références à Windelband (1924 : 59-98) et à Wundt (1903 : 1-10).

blic (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911).⁵ Ce retour aux *Hauptprobleme* montre, en éclairant d'un jour nouveau la recherche par Kelsen d'un concept défendable de droit, qu'il se jouait dès le départ quelque chose de plus que ce que la référence à l'élément de contrainte laissait entendre. Enfin, je reprends dans une sixième section, une expérience de pensée tirée de John Locke, Merkl et H.L.A. Hart. L'idée est que, chez Kelsen, les fonctions représentées par la création des normes et l'application du droit - ou, en termes kelséniens, les fonctions représentées par l'habilitation à créer des normes et l'habilitation à imposer des sanctions - *supplantent* la fonction directrice originale du droit. Ce qui est sûr, c'est que la fonction directrice survit dans la théorie de Kelsen mais sous une forme stérile, comme fonction ou but du droit en tant que technique sociale. Le terme « fonction » au regard de sa source est ambigu. La fonction directrice du droit ne fait pas partie des fonctions juridiques *per se*. Elle provient plutôt d'une source extérieure à la « connaissance du droit positif ». ⁶ Elle provient, en d'autres termes, non du monde idéal du droit mais du monde empirique des faits.

Mon but, en un mot, est d'aller au-delà de la lecture habituelle de la *Stufenbaulehre* ou doctrine de la hiérarchie des normes, en tant que notion propre à Kelsen. On sait bien que cette doctrine a servi à relativiser les différences entre l'activité de création du droit et celle d'application, et donc la place des différentes espèces de règles elles-mêmes. Comme Kelsen le dit, en réfléchissant sur la signification de la *Stufenbaulehre*, Merkl « a permis de relativiser ce qui avait été gravé dans le marbre comme un absolu : l'opposition /.../ entre norme générale et norme individuelle, entre norme abstraite et norme concrète ». ⁷ Bref, Kelsen souligne que tant la théorie juridique traditionnelle que lui-même dans les *Hauptprobleme* ont ignoré un nombre considérable de normes juridiques, celles existant entre la disposition législative générale et l'acte juridique de concrétisation. Le seul moyen de remettre les choses en ordre explique Kelsen est de suivre la gradation de Merkl qui met au jour tous les degrés du système juridique, allant des normes constitutionnelles et législatives les plus générales aux actes juridiques les plus concrets. La législation, porte-drapeau du positivisme légicentriste du dix-neuvième siècle (*Gesetzespositivismus*), perd sa position privilégiée et cela est incontestablement le résultat de la contribution de l'École de Vienne à la théorie du droit. Mais il y a plus. La *Stufenbaulehre* influence de façon déterminante le concept de droit de Kelsen et c'est cela que je souhaite développer ici.

5 Kelsen (1911 : 237). Le Traité a été traduit en polonais, espagnol et italien.

6 Kelsen 1928.

7 Kelsen (1998 : 13-14). Souligné dans l'original.

2 LE PREMIER CONCEPT DE DROIT DE KELSEN : LA CONTRAINTE

Lorsqu'il parle de la contrainte, dans la première édition de la *Théorie pure*, Kelsen introduit la notion en faisant appel à quatre motifs distinguant les différents aspects de la contrainte entre eux. Il ne parle pas expressément de contrainte en tant que concept de droit, mais dans la *Théorie générale du droit et de l'État*, comme nous l'avons vu, il traite la contrainte comme la marque de son premier concept de droit. Et de plus, les quatre motifs pris ensemble semblent jouer le rôle d'un concept de droit.

Quels sont ces quatre motifs ? Il y a d'abord la contrainte comme différence spécifique de la catégorie formelle de norme ; ensuite, la contrainte comme critère empirique du droit ; troisièmement, la contrainte comme partie propre de la norme juridique complète ; et quatrièmement, la contrainte au regard de la doctrine kelsénienne de l'identité de l'État et du droit. Les motifs se chevauchent bien sûr, et j'aurai plusieurs fois l'occasion d'attirer votre attention sur le chevauchement.

2.1 La contrainte comme différence spécifique de la catégorie formelle de norme

Pour comprendre ce motif initial, il faut commencer par le genre au regard duquel Kelsen établit une différence. Le genre, nous dit-il, est « la catégorie formelle de norme », la catégorie « désignée par le "devoir-etre" ». ⁸ Ici, la norme est indifférenciée et s'applique donc dans tous les champs normatifs tels que la logique, la philologie, ou la linguistique prescriptive, l'esthétique, l'éthique et le droit. ⁹ Mais alors, est-ce que la norme juridique doit être différenciée ? « La norme juridique, écrit Kelsen, est une norme de contrainte (une norme qui prévoit une sanction) » et c'est précisément ainsi que « la norme juridique est différente des autres normes ». ¹⁰

2.2 La contrainte comme critère empirique du droit

Kelsen continue à parler de la contrainte comme d'un « critère empirique » du droit, ¹¹ ce qui n'est pas sans laisser perplexe lorsqu'on sait que Kelsen ex-

⁸ Kelsen (1992 : §12, 26).

⁹ V. Kelsen (1911 : 4), pour une liste similaire. Kelsen est décidément ambivalent sur le statut de l'éthique. D'un côté, il apparaît comme sceptique et c'est ainsi que le voient la plupart des commentateurs. De l'autre, il insiste sur la thèse de l'absence de conflit - selon laquelle aucun conflit n'est possible entre droit et morale - dans quasiment tout ce qu'il a écrit en théorie du droit public international, et dont sa théorie du monisme est une partie intégrante. Le monisme fournit une explication sinon une justification, de sa thèse de l'absence de conflit. V. par ex., Kelsen (1920 : §27, 107-111); Kelsen (1926 : 267-270). Sur le monisme de Kelsen, v. Paulson 2005.

¹⁰ Kelsen (1992 : §12, 26).

¹¹ Kelsen (1992 : §12, 26).

plique maintes et maintes fois que « le droit est une norme ».¹² Le droit n'est, en d'autres termes, pas du tout empirique mais « idéal »,¹³ position qu'il illustre la distinction fait-valeur que défendent ardemment les néo-kantiens de Baden. Les faits existent et sont trouvés dans le monde extérieur, mais le droit en tant que norme « existe » ou « est valide » dans un second monde.¹⁴ Cette idée de Kelsen est absorbée par l'importation de sa « catégorie formelle de norme ». Mais l'affirmation de Kelsen selon laquelle la contrainte est le critère empirique du droit peut néanmoins être préservée en expliquant que, tout comme pour Wittgenstein le sentiment de la douleur est le critère empirique de la douleur,¹⁵ de même pour Kelsen, la contrainte est précisément comprise comme un critère empirique du droit, lequel, de son côté, n'est pas empirique mais idéal.

Ce qui est certain c'est que la contrainte comme critère est une doctrine plus complexe que celle qui semble à première vue. Car Kelsen ne se réfère pas seulement à l'exercice de la contrainte mais aussi à la conformité au droit qui, explique-t-il, est motivée par le désir d'éviter la soumission à des actes de contrainte. Kelsen ajoute aussitôt que ce désir n'est *quand même pas la seule raison* pour laquelle les gens se conforment au droit.¹⁶ Et si la notion de conformité au droit comme critère empirique était pleinement opératoire, elle pourrait fort bien entièrement absorber la contrainte. Ceux qui identifieraient le droit à l'aide de ce critère ne seraient pas sans ressembler à « l'observateur extérieur » dans la théorie de Hart (non pas un représentant du point de vue interne mais quelqu'un qui néanmoins connaît les règles que suivent ceux qui adoptent le point de vue interne).¹⁷

12 Kelsen (1992 : §12, 26 ; § 5,11 ; §7, 13 ; §8, 15 ; §11(a), 23 ; §15, 32 ; §19, 38 ; §29, 58).

13 Kelsen (1992 : §8, 15): « [J]ust as one distinguishes the law from nature, so one is also to distinguish the ideal phenomenon, law, from other ideal phenomena, especially from norms of other types ».

14 La doctrine des deux mondes est une expression qui apparaît, d'abord, chez Kelsen (1911 : 4-8 *et passim*), et dans Kelsen (1925 : §5(c), 19 ; §13(b), 62), *et passim*. V. Paulson (2002a : 223-251).

15 V. Wittgenstein (2001 : §§256-257) et, surtout, toute la section sur l'argument du langage privé (2001: §§243-315).

16 V. Kelsen (1992 : §14(c), 31-32).

17 Ce que j'ai appelé « l'observateur cognitif » est implicite dans la théorie de Hart, notamment quand il parle du « point de vue externe modéré » (le point de vue de celui qui « sans accepter lui-même la règle de reconnaissance décrit le fait que les autres l'acceptent »), Hart (1961 : 99). Hart ne développe cependant pas cette idée. V. MacCormick (1981 : 36-40), qui fut peut-être le premier à voir cet aspect le plus clairement. MacCormick parle lui d'un « observateur herméneutique » [*hermeneutic observer*]. Je reconnais que tirer le « critère empirique » de Kelsen dans cette direction tend à affaiblir « l'élément coercitif » de son concept de droit qui constitue son point de départ et je propose ces quelques remarques ici comme une réflexion sur le critère de Kelsen et non comme un élément d'une description de son premier concept de droit.

2.3 La contrainte comme partie propre de la norme juridique complète

Depuis le début, Kelsen parle de la nécessité de parvenir à une « forme linguistique idéale » de la norme juridique¹⁸ afin, entre autres choses, de distinguer le droit de la morale. Les résultats de cette enquête sont incorporés dans l'expression « norme juridique complète ».¹⁹ Ici, je m'intéresse à la norme juridique complète dans la mesure où l'élément de contrainte l'influence.

Kelsen écrit que la contrainte est « essentielle au caractère juridique de la norme »²⁰ et que la norme juridique secondaire²¹ « ne peut pas être véritablement une norme » car elle n'indique pas la sanction qu'entraîne sa violation.²² La « méthode spécifique du droit »²³ est exprimée dans la formule hypothétique ou « norme juridique complète » qui associe une sanction, perdue par chaque individu comme un mal à un comportement considéré comme socialement préjudiciable.²⁴ Au début des années 30, avant que Kelsen ne soit arrivé explicitement à la conclusion que l'habilitation est une modalité fondamentale en droit, sa proposition la plus achevée de la norme juridique complète se trouvait à la section 11 (b) de la première édition de la *Théorie pure du droit*. Se demandant comment séparer le concept de norme juridique de sa source, le concept de norme morale, en vue de garantir l'autonomie du droit par rapport à la morale, il écrit :

la théorie pure ne fait pas cela en définissant la norme juridique, sur le modèle de la norme morale, comme un impératif - comme le fait habituellement la théorie traditionnelle - mais en définissant la norme juridique comme un jugement hypothétique qui exprime le lien spécifique entre un fait matériel conditionnant et une conséquence conditionnée. La norme juridique devient une norme juridique complète qui prend les traits caractéristiques fondamentaux des lois positives. De même que la loi de nature lie un certain fait matériel considéré comme cause avec un autre considéré comme effet, de même, la loi de normativité lie une condition juridique avec une conséquence juridique (la conséquence d'un soi-disant acte illégal). Si la relation est la causalité dans un cas, elle est appelée imputation dans l'autre, et l'imputation est reconnue par la Théorie pure du droit comme une caractéristique propre au droit, l'autonomie du droit.²⁵

18 V. note 6 ci-dessus.

19 L'expression, telle quelle est utilisée ici, est de Bulygin (1983 : 20), aussi en espagnol in Bulygin (1988 : 11). Sur la reconstruction de la norme telle que Kelsen la comprend dans la première édition de la *Théorie Pure du Droit*, v. Paulson (1992 : 132-134).

20 Kelsen (1992 : §14(b), 29).

21 Il s'agit de la règle primaire chez Hart.

22 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

23 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

24 Kelsen (1992 : §14(c), 31).

25 Kelsen (1992 : §11(b), 23).

Ici, la contrainte que l'on n'apercevait pas forcément au premier coup d'œil, revient par la porte de derrière. La catégorie juridico-normative de Kelsen qu'est l'imputation sert à justifier la responsabilité des sujets de droit, cette « responsabilité » signifie que le sujet se voit imposer une sanction et cette sanction remplace désormais la contrainte.²⁶

2.4 La contrainte au regard de la doctrine kelsénienne de l'identité de l'État et du droit

En identifiant l'État et le droit,²⁷ Kelsen combat les conceptions traditionnelles de l'État qu'il considère enracinées dans une métaphysique et une idéologie indéfendables. Le monisme à primauté internationale de Kelsen s'explique en partie comme une réponse à l'absence de l'État dans sa théorie juridique et, donc, à l'absence de la souveraineté de l'État comme structure existant indépendamment du droit et susceptible de lui servir de fondement. L'alternative à l'État et à la souveraineté est une hiérarchie de normes. Alfred Verdross avait tout particulièrement élaboré la *Stufenbaulehre* en vue d'intégrer le monisme à primauté internationale.²⁸

La mise au point que je fais sur la doctrine de l'identité de l'État et du droit de Kelsen se limite à l'élément de contrainte. Ici, un syllogisme de Kelsen est suffisant.²⁹ L'État, écrit-il, est par définition un système social contraignant et puisqu'un système social contraignant est un système juridique, il s'ensuit nécessairement que l'État est un système juridique. De la sorte, la contrainte, qui sert de terme distributif dans le syllogisme de Kelsen, est une propriété constitutive du système juridique. On pourrait dire la même chose, *mutatis mutandis*, d'un système juridique décentralisé, et plus évidemment du droit international public, la différence étant, bien sûr, qu'il n'y a là aucune raison de parler d'État.

26 Sur l'imputation, voir (1992 : §11(b), 23-25 ; §25(a), 47-48 ; §25(d), 50-51 ; §100(b), 100-101). Il convient de souligner l'absence de consensus sur l'importation de la théorie de l'imputation dans la théorie de Kelsen. Mais ce concept retient désormais l'attention, voir par exemple: Heidemann 2005; Renzikowski (2002 : 253-282); Paulson (2001 : 47-63).

27 V. e.g. Kelsen (1920 : §3, 12 ; §4, 17) ; Kelsen (1922 : §15, 86-91) ; Kelsen (1925 : §§10-17, 47-91) ; Kelsen (1992 : §48, 99-106) ; Kelsen (1997 : 181-207). V. aussi Dreier (1986: 208-211); Paulson (2002b : 113-116). Il vaut peut-être la peine de noter que la soi-disant identité entre État et droit chez Kelsen ne résiste guère à un examen scrupuleux car elle s'applique - et Kelsen l'applique - dans une seule direction. Elle ne compte donc pas du tout, à strictement parler, comme une identité. Kelsen identifie certainement l'État avec le droit, mais il y a des espèces décentralisées de droit qui n'ont pas de contrepartie dans l'État. Une formulation plus précise de la thèse de Kelsen pourrait être la suivante: ce que nous connaissons comme l'État est susceptible d'être intégralement incorporé dans le droit et reformulé en termes juridiques. Mais pour autant, il n'est pas vrai que partout où il y a du droit, il y a *eo ipso* un État correspondant.

28 V. Verdross 1923.

29 V. Kelsen (1992 : §48(a), 99).

Mais, insiste Kelsen, la contrainte en tant que propriété constitutive est absolument évidente car si le « soi-disant droit international » est vraiment un système juridique « alors ce système de normes doit aussi valoir comme système de contrainte ».³⁰

3 LE DERNIER CONCEPT DE DROIT DE KELSEN : LA CRÉATION DU DROIT

Le dernier concept de droit de Kelsen, qui appréhende le système juridique « dans une perspective dynamique »³¹ est intégré dans la *Stufenaufbau* elle-même. C'est-à-dire que le point de vue dynamique met l'accent sur une propriété constitutive du droit, à savoir, qu'il règle sa propre création, propriété qui est précisément au cœur de la *Stufenbaulehre*. De même que les normes constitutionnelles encadrent la procédure de création de la loi, de même les normes législatives encadrent la procédure de création de la réglementation administrative, et ainsi de suite. Kelsen écrit (dans la première édition de la *Théorie pure*):

La relation entre le degré supérieur et le degré inférieur du système juridique - comme par exemple entre la constitution et la loi, ou entre la loi et la décision juridictionnelle - est une relation de détermination, de subordination /.../ En encadrant la procédure de création de la norme de degré inférieur, la norme de degré supérieur ne détermine pas seulement la procédure par laquelle la norme de degré inférieur est créée, elle peut tout aussi bien déterminer le contenu de la norme à créer.³²

Cela ne revient pas à dire que le processus soit en quoi que ce soit mécanique - contrairement à l'accusation de « formalisme » adressée à Kelsen par ses nombreux critiques.³³ Une dimension créatrice est incontestable, dans la mesure où il y a un élément discrétionnaire indéniable dans l'activité de création de la norme de degré inférieur. En d'autres termes, la détermination de la norme de degré inférieur par la norme de degré supérieur n'est jamais totale.

La norme de degré supérieur ne peut être contraignante jusque dans les moindres détails de sa mise en œuvre. Il doit toujours rester une marge de pouvoir discrétionnaire, plus ou moins grande selon les cas, de sorte que la norme

30 Kelsen (1932 : 483).

31 Kelsen (1997 : 122 ; v. citation de la note 1 ci-dessus).

32 Kelsen (1992 : §33, 77-78).

33 V. Paulson (2002b : 109-113) ; mes remarques restent certainement superficielles au regard de la question d'histoire intellectuelle et juridique : pourquoi Kelsen était-il attaqué par, entre autres, à peu près tous les théoriciens de l'État de Weimar au motif qu'il s'était engagé dans une absurde entreprise de « logicisme » ? Était-ce simplement l'habituel rejet du formalisme ou y avait-il quelque chose de plus intéressant ?

de degré supérieur fournit, à l'acte qui en constituera une mesure d'application, un cadre que cette dernière devra remplir.³⁴

Ce n'est pas la dimension créatrice du processus qui ressort tout d'abord ici mais plutôt l'habilitation - plus précisément le fait que la norme à laquelle on fait appel afin de créer une autre norme, de créer du droit, est une norme d'habilitation. Kelsen introduit l'habilitation en tant que norme juridique pour la création des normes de façon tacite, c'est-à-dire, comme un élément de son adoption de la *Stufenbaulehre* de Merkl. Plus tard, cependant, lorsqu'il prendra en compte une seconde espèce d'habilitation, à savoir, l'habilitation pour l'application des sanctions, il reconnaîtra à l'habilitation tous ses mérites. Je reviendrai sur ce point dans la cinquième section.

4 LA NORME JURIDIQUE COMPLÈTE ET LE CONCEPT COMPLEXE DE DROIT

Comme je l'ai déjà noté, je cherche à montrer que Kelsen combine habilement son premier concept de droit avec le second, en tirant la soi-disant norme juridique complète de la forme la plus achevée de la *Stufenbaulehre* élaborée par Merkl. Pour anticiper l'évolution de Kelsen, il est bon de commencer par les concepts fondamentaux de « dynamique » et de « statique ».

« Dynamique » d'abord. La forme moderne de l'expression se retrouve chez Leibniz,³⁵ elle évoque l'idée de force, de mouvement, ou de changement. De façon significative, figure parmi les termes avant-coureurs le très scolastique *potentia*, c'est-à-dire la capacité ou le pouvoir de se développer.³⁶ Il en va de même en droit. L'avocat international et théoricien du droit Josef L. Kunz, une figure importante de l'École viennoise de théorie du droit, écrit que « la théorie dynamique du droit international doit affronter le problème de la création du droit international ».³⁷ Ota Weinberger, théoricien bien connu et actuel représentant de l'École de théorie du droit de Brno, défend une théorie dynamique du droit entendant le terme « dynamique » comme synonyme de « changement ».³⁸ Merkl écrit que sans une norme d'habilitation, sans un moyen de créer du droit nouveau, le « système juridique serait absolument et définitivement figé ».³⁹

34 Kelsen (1992 : §33, 78).

35 V. Leibniz (1904 : 256-272).

36 V. de façon générale l'article "Dynamik", in Ritter (1972 : 302-303).

37 Kunz (1933-34 : 412).

38 V. Weinberger (1978 : 175 *et passim*).

39 Merkl (1931 : 281; 1993 : 475).

Le changement dans le système juridique, provoqué par une création de droit, est également un thème cher à Kelsen. Il suffit de revenir à son propos tiré de la *Théorie générale du droit et de l'État* :

est droit tout ce qui a été créé au terme de la procédure de création du droit prescrite par la constitution /.../ La procédure de création des normes juridiques comprend une étape importante, la procédure législative, au terme de laquelle sont créées les normes générales.⁴⁰

Le point de vue dynamique est généralement con^u dans une perspective *ex ante*, un moment précédant la création de la norme juridique et soulignant donc le processus de création du droit. Les normes identifiées à partir de ce point de vue - celles plus particulièrement qui confèrent au législateur le pouvoir de produire des normes générales, de légiférer - sont des normes d'habilitation. Selon une triade bien connue, les normes d'habilitation servent à déterminer *qui* crée des normes, *quelles* normes peuvent être créées et par *quels* moyens.⁴¹

Kelsen continue en introduisant un point de vue statique complémentaire qui peut utilement être con^u dans une perspective *ex post*. Ici, la norme juridique a déjà été créée, et l'accent est mis sur elle, la norme juridique en elle-même. On peut à nouveau se référer à la *Théorie générale du droit et de l'État* :

Du point de vue d'une théorie dynamique du droit, la création d'une norme générale déterminée par une norme de degré supérieur (la constitution) devient, dans une théorie statique du droit, l'une des conditions auxquelles est attachée la sanction, à titre de conséquence, dans la norme générale /.../ Dans la théorie statique du droit, les normes se « projettent » dans les normes inférieures dont elles deviennent des éléments.⁴²

Tandis que la théorie dynamique ou la perspective *ex ante* est associée à la *Stufenbau* elle-même,⁴³ à ses diverses normes d'habilitation situées aux divers degrés du système juridique, la théorie statique de Kelsen ou perspective *ex post* a pour but de reproduire la *Stufenbau* en miniature au moyen de la soi-disant norme juridique complète. La reproduction sert à constituer une réplique des degrés de la *Stufenbau*, de la Constitution jusqu'à la norme-sanction hypothétiquement formulée qui se situe à la base de la structure - tout cela *en prenant pour point de départ la norme particulière qui a été produite*. L'exemple que donne Merkl d'une norme juridique complète - exemple qu'il tire du système juridique autrichien - est utile. La norme juridique concrète - produite et servant de point de départ à la construction de la norme juridique complète - est placée à la base et notée [g] :

40 Kelsen (1997 : 176).

41 V. Ross (1968 : 130-131).

42 Kelsen (1997 : 197-198).

43 Ou, plus précisément, elle conduit à une version habilement simplifiée de la *Stufenbau*, qui mettrait au défi toute autre description si on demandait d'en rendre compte dans toute sa complexité.

[a] Si un organe, habilité par la constitution Fédérale à prendre l'initiative d'une loi, a présenté un projet de loi devant l'Assemblée nationale (*Nationalrat*) afin que le vendeur de certains marchandises ait à payer une taxe d'un certain pourcentage sur le produit résultant de la vente de ces marchandises, [b] si l'Assemblée nationale, d'abord en commission puis en session plénière, selon la procédure spécifiquement définie par le règlement de l'Assemblée, a promulgué une loi à cet effet, [c] si la législation a été soumise à l'Assemblée Fédérale (*Bundesrat*) qui, soit n'a émis aucune objection dans la période de huit semaines, soit a décidé avant l'expiration de ce délai de ne formuler aucune objection, [d] si le Président fédéral a sanctionné la loi et le Chancelier fédéral ainsi que le Ministre fédéral des Finances ont apporté leur contresignature, [e] si le Chancelier fédéral a publié la loi signée et contresignée au Journal Officiel fédéral, [f], si, après la date d'entrée en vigueur de cette loi, le service des taxes désigné par la loi a, conformément à la procédure, enjoint à une certaine personne le paiement d'une certaine taxe, et enfin [g] si cette personne ne paie pas le montant prescrit dans le temps requis, alors une peine doit lui être appliquée.⁴⁴

La norme juridique complète de Merkl est-elle vraiment complète et si elle ne l'était pas, cela aurait-il une quelconque importance ? Cette question appelle une brève discussion. En commençant avec la norme juridique concrète [g], si sa condition antécédente est vérifiée - l'individu n'a pas payé la taxe dûment prescrite - alors sa conséquence doit s'appliquer, de sorte que la responsabilité de l'individu sera reconnue et une peine lui sera applicable. Si l'individu choisit de contester le droit qui lui est appliqué, il pourra alors invoquer le fait que l'une des conditions [a]-[f] prévues n'a pas été remplie et que cette carence viole le droit à un procès équitable (*due process of law*). Cette dernière notion, tirée de la Constitution, ne fait pas partie de la « norme juridique complète » de Merkl, soulignant ainsi en réalité son caractère incomplet. En outre, même si toutes les contraintes constitutionnelles possibles étaient ajoutées aux conditions antécédentes, la norme juridique (ostensiblement) complète continuerait d'être incomplète. En effet, il est toujours possible qu'une nouvelle lecture intervienne au cours d'un débat constitutionnel qui procéderait, par exemple, d'une nouvelle interprétation d'une disposition constitutionnelle et une telle lecture peut toujours faire partie de l'opinion reçue. Au sens propre, il n'y a donc aucune norme juridique (ostensiblement) complète qui puisse être complète pour toutes les situations.

Cela n'invalide pas le modèle de Merkl pour autant car, en pratique, les conditions applicables sont remplies *après que la norme a été créée*.⁴⁵ L'habile distinction que fait la philosophie des sciences entre le « processus de découverte » souvent chaotique et le méthodique « processus de justification » s'ap-

44 Merkl (1931 : 281 ; 1993 : 465-466).

45 Cela rend approximativement compte du *modus operandi* qu'utilise aussi la règle de reconnaissance de Hart. En pratique, nul ne tente de se fonder sur la règle de reconnaissance au sens formel. On s'appuie plutôt sur diverses règles de reconnaissance en vigueur.

plique ici également. Remplir les conditions d'une norme juridique complète après que la norme a été créée correspond au processus de justification.

Mis à part ce détail concernant la complétude, comment la soi-disant norme juridique complète sert-elle à relier les deux concepts de droit, la création et la contrainte ? La clef réside dans la distinction entre les deux perspectives *ex ante* et *ex post*. Dans la perspective *ex ante*, la norme juridique complète représente la norme d'habilitation applicable qui, si elle est mise en œuvre, aboutira à la norme-sanction [g]. Dans la perspective *ex post*, les normes d'habilitation sont projetées dans une norme-sanction créée à titre de conditions ou de « parties » de cette norme comme Kelsen le dit parfois.⁴⁶ Ainsi, la norme juridique complète fournit une vue panoramique des deux faces du concept complexe de droit - la perspective *ex ante* attire l'attention sur la création du droit, la perspective *ex post* sur la contrainte, désormais incluse dans la conséquence de la norme-sanction hypothétiquement formulée. De plus, ces deux perspectives intègrent les deux formes d'habilitation à l'œuvre dans le système : l'habilitation à créer des normes et l'habilitation à imposer des sanctions.

Pour apprécier à sa juste valeur la raison pour laquelle le concept complexe de droit esquissé ici à grands traits reflète le programme de Kelsen de façon plus adéquate que ses propres remarques sur la contrainte, il faut revenir à l'intérêt qu'il porte dès l'origine au droit objectif et à la « forme linguistique idéale » de la norme juridique. Je planterai le décor en commençant par présenter la polémique dans laquelle Kelsen se lance contre « le système de droit subjectif », qui est aux antipodes du « système de droit objectif ».

5 LE DROIT OBJECTIF ET LA « FORME LINGUISTIQUE IDÉALE » DE LA NORME JURIDIQUE

On sait fort bien que Kelsen a lutté pour dépasser maints dualismes dans le droit, en particulier celui du droit objectif et du droit subjectif. Il traite de ce sujet dans de très nombreux écrits. Ainsi, par exemple dans cet extrait de la première édition de sa *Théorie pure* :

quand la théorie générale du droit prétend que son objet d'étude, le droit, est pris non seulement au sens objectif mais aussi au sens subjectif, elle introduit en son fondement une contradiction fondamentale, à savoir, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif. Car alors, la théorie générale du droit en vient à prétendre que le droit - au sens de droit objectif - est normatif, est un complexe de normes, un système, et en même temps que le droit - au sens de droit subjectif - est constitué d'intérêts ou de volontés intéressées, soit quelque chose de très différent du droit objectif et dès lors impossible à subsumer sous un concept général qui puisse être commun aux deux. Cette contradiction ne peut être surmontée en prétendant qu'il existerait une connexion entre le

46 V. Kelsen (1960 : §6(e), 55-59).

droit objectif et le droit subjectif, en prétendant que le second est défini comme un intérêt que protégerait le premier, comme une volonté qui serait reconnue ou garantie par le premier. Conformément à sa fonction originelle, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif exprime l'idée que le second précède le premier, tant logiquement que temporellement.⁴⁷

Ce qu'il veut dire par « droit objectif » est assez clair. L'expression se réfère à la totalité des normes juridiques générales abstraitement formulées dans le système juridique.⁴⁸ Cela vient renforcer la conception que se fait Kelsen du droit objectif dans sa thèse sur l'identité de l'État et du droit. Telle quelle est comprise par les théoriciens du XIX^e siècle et non des moindres comme Georg Friedrich Puchta et Heinrich Dernburg, l'expression « droit subjectif », et surtout celle de « système de droits subjectifs », précède le droit objectif et existe indépendamment de lui. L'engagement de Puchta en faveur de la liberté personnelle, exprimée sous la forme kantienne de « autodétermination ou autonomie » est ici significatif. Dans son traité, Dernburg explique clairement l'importance de la thèse de Puchta:

Historiquement parlant, les droits au sens subjectif auraient existé bien avant que ne se soit développée la conscience d'un ordre politique développé. Ils étaient fondés sur la personnalité des individus et sur le respect que ses individus étaient d'abord capables d'exiger pour eux-mêmes et leurs propriétés et ensuite de faire respecter. À force d'abstraction, on serait passé de la contemplation des droits au sens subjectif au concept de système juridique. Il serait donc historiquement erroné de voir les droits subjectifs comme le pur produit du droit objectif.⁴⁹

Kelsen considère la thèse selon laquelle les droits subjectifs pourraient exister indépendamment du droit objectif comme à la limite de l'absurde. Pour lui, les droits et obligations sont juridiquement valides à la seule condition que leur validité découle du droit objectif, du système juridique.⁵⁰ La « contradiction » dont parle Kelsen dans le passage cité, découle de ce que ce point étant selon lui acquis on ne peut en même temps soutenir que le droit subjectif peut exister indépendamment du système de droit objectif.⁵¹ Le seul moyen de résoudre

47 Kelsen (1992 : §19, 38 ; v. aussi §20, 39-40).

48 Windscheid etc.

49 Dernburg (1991 : 65), cité in Kelsen (1992 : §19, 39). Le traité de Dernburg paraît pour la première fois en 1884. Il était à l'évidence un Pandectiste tardif. Windscheid dans son dernier ouvrage l'avait déjà exclu.

50 Cela peut paraître évidemment faux. Qu'est-ce qui, du système de droits subjectifs, précède le système de droit objectif ? Kelsen aborde ce point dans son débat avec Eugen Ehrlich, alléguant que les rudiments d'un système de droit objectif sont toujours présents si l'on prétend que les droits subjectifs en question sont effectivement valides juridiquement.

51 Bien évidemment, les théoriciens dualistes ne tiennent pas du tout pour acquise l'idée de Kelsen [que les droits et obligations sont juridiquement valides à la seule condition que leur validité découle du droit objectif, du système juridique]. Ils expliquent que la validité de droits subjectifs découle d'une source distincte. Kelsen, lui, admet la première thèse comme abso-

la contradiction, pense Kelsen, est d'éliminer le système de droit subjectif lui-même.

Dans son traité de 1911, *Hautprobleme*, Kelsen traite la question de « l'essence du droit objectif », en posant une seconde question, celle de la « forme linguistique idéale » des normes générales et abstraites du droit objectif. Il écrit :

La question de savoir si la norme juridique doit être comprise comme un impératif ou comme un jugement hypothétique pose le problème de la forme linguistique *idéale* de la norme juridique, ou, mieux, celui de l'essence du droit objectif. L'usage lexical habituel dans les systèmes juridiques existant ne permet pas de résoudre correctement ce problème. La norme juridique (dans sa forme idéale) doit être construite à partir du contenu des dispositions légales, et les éléments nécessaires à cette construction sont souvent absents d'une seule et même loi et doivent être tirés de plusieurs.⁵²

L'essence du droit objectif est flagrante dans la norme juridique reconstruite et objectivée, autrement dit, la norme juridique dont la formulation est idéale dans le sens requis par Kelsen. Pour le dire brièvement, « l'essence du droit objectif » et la « forme linguistique idéale » de la norme juridique sont deux problèmes intimement liés. Kelsen a donc déjà clairement à l'esprit, dans les *Hautprobleme*, l'idée que la norme juridique doit être formulée hypothétiquement, qu'elle doit être adressée aux organes juridiques, ce qui constitue un écart par rapport au sujet de droit et aux pièges de la subjectivité que le concept de « sujet de droit » connote.

Kelsen conçoit la « forme linguistique idéale » de la norme juridique comme la part centrale de son programme général de formation de concepts, et le programme constitue en retour sa réponse initiale au naturalisme dans la science juridique. Les concepts juridiques, parce qu'ils sont normatifs, résistent à la tendance réductionniste des naturalistes qui consiste à vouloir les faire correspondre à (ce que les naturalistes voient comme) des faits. Bien sûr, Kelsen n'était pas le seul théoricien engagé dans un programme de formation de concepts. On pense par exemple à Ernst Zitelmann (1852-1923) qui, cherchant à établir le *desideratum* du droit objectif, a posé, près d'un quart de siècle avant les *Hautprobleme* de Kelsen, la question de la « forme linguistique idéale » de la norme juridique. Tout droit objectif, écrivait-il :

quelle que soit l'époque, quel que soit le lieu, a une seule et même forme logique. La forme de la pensée juridique, capable d'embrasser les matériaux les plus variés, est elle-même simplement formelle, complètement vide de contenu.⁵³

Après une période de près de trente ans, Kelsen cherche les propriétés de la norme juridique dans sa « forme linguistique idéale » et il défend, à la fin des an-

lument claire, intégrant la portée du droit objectif et remontant à l'unité du droit. Les théoriciens du dualisme auraient donc torts - du moins est-ce ce que Kelsen veut nous faire croire.

52 Kelsen (1911 : 237). Les parenthèses et le souligné est dans l'original.

53 Zitelmann (1888 : 193-5, 201-03, 209-12, 194 ; 1916 : 10).

nées 30, l'idée que la norme-sanction hypothétiquement formulée, adressée à des organes juridiques, est une habilitation.⁵⁴ Kelsen élabore ce point dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, dans laquelle il explique pour la première fois que le « devoir-être » juridique doit être vu non comme exprimant le concept d'obligation juridique mais comme un *indice de ce dernier*.⁵⁵ Plus précisément, dans la norme juridique objectivée et reconstruite, la présence du « devoir-être juridique » marque la possibilité que, dans certaines conditions, une sanction puisse être imposée, c'est-à-dire, que l'organe juridique est habilité à imposer cette sanction dans certaines conditions. Bien sûr, il peut arriver qu'un organe juridique A soit obligé d'imposer une sanction. Cela revient à dire, selon l'analyse de Kelsen, qu'un organe juridique de degré supérieur est habilité à imposer une sanction à un organe juridique A si A manquait à son obligation d'imposer une sanction à un sujet de droit. Ainsi, le concept d'obligation juridique est préservé mais son analyse se fonde sur une construction des normes d'habilitation à deux niveaux.

À ce stade, la construction du concept complexe de droit de Kelsen est achevée, dans la mesure où il a désormais introduit un second type de normes d'habilitation, complémentaires de celui qu'il avait emprunté à Merkl. Dans la nouvelle habilitation à créer des sanctions, l'élément de contrainte est incorporé à la structure normative et aucune référence n'est faite à la contrainte en tant que telle. Au contraire, Kelsen fait référence à une certaine relation juridique - le pouvoir juridique des organes d'application d'imposer des sanctions - qui se reflète dans la responsabilité juridique des sujets de droit.

6 LE DÉPASSEMENT DE LA FONCTION DIRECTRICE DU DROIT

Enfin, je voudrais brièvement me tourner vers une expérience de pensée qui fait souvent appel à John Locke,⁵⁶ Merkl⁵⁷ et H.L.A. Hart.⁵⁸ Comme Locke avant lui et Hart après, Merkl a commencé un article des *Prolégomènes* en imaginant « un système primitif de règles » qui permettrait de voir à l'œuvre la fonction directrice du droit. Il entreprend alors de construire les structures complémentaires afin de corriger les difficultés inhérentes au fonctionnement du système primitif. Chez Kelsen, les structures complémentaires prennent le pas sur celles originales, sur la fonction directrice. Mon intérêt pour l'expérience de pensée s'attache ici moins à l'expérience elle-même qu'à ce qu'elle nous apprend sur Kelsen.

54 V. Kelsen, (1987 : 1-108, not. 72-75). Le texte est reproduit d'un manuscrit de la fin des années 1930.)

55 V. Kelsen (1997 : 61, v. aussi 62-63).

56 V. Locke (1690 : ch. 9, §§124-131).

57 V. Merkl (1931 : 253-259). Repr. in Merkl 1993.

58 V. Hart 1961.

Imaginez donc un système de règles primitif qui n'aurait qu'un seul degré, représenté par des règles imposant des sanctions, un système dans on se bornerait à exiger des sujets qu'ils se conforment aux règles. Maintenant, examinons les défauts de ce système. Le plus évident est l'incapacité à créer de nouvelles règles ou à abroger les règles en vigueur, puisqu'il n'y a, par hypothèse, aucun dispositif disponible de création du droit (par ex. législatif). Pour pallier cette carence, il faudra construire un second degré, celui de l'habilitation et, par là même, transformer le système primitif en un système de normes à double structure.

La question suivante est de savoir si cette double structure n'est pas elle-même défailante. En vue de faciliter la recherche, notre interlocuteur en revient à parler des fonctions juridiques. La structure simple rendait compte de la seule fonction directrice : des règles imposaient des obligations aux sujets de droit - et donc les dirigeaient. La transformation de la structure simple en une structure double laisse place à une seconde fonction, celle de création du droit. Ces deux fonctions, pourtant, ne sauraient suffire. Comme notre interlocuteur l'expliquera, même si on adoptait la structure double avec ses deux fonctions de création et de direction, la violation des règles soulèvera des problèmes. Il n'existe aucun dispositif pour déterminer qu'il y a eu (ou non) violation ni même aucun dispositif pour imposer des sanctions en cas de violation.

Notre interlocuteur répondrait en introduisant une troisième fonction, celle d'application du droit, qui vient compléter les fonctions directrices et de création. Une fois cette troisième fonction en place, la structure sera triple, c'est-à-dire, une structure hiérarchique à trois degrés. Pourtant Kelsen prend un chemin différent, qui se retrouve dans son concept complexe de droit. Il considère que les deux dernières fonctions (création et application) *supplangent*, dans la science du droit, la fonction directrice originelle. Les deux dernières fonctions correspondent, dans le schéma de Kelsen, aux perspectives *ex ante* et *ex post* qui se manifestent dans la soi-disant norme juridique complète. De la même façon, les deux dernières fonctions correspondent, chez Kelsen, aux habilitations à créer des normes et à imposer des sanctions.

Pourquoi Kelsen en arrive-t-il à dire que les deux dernières fonctions supplangent la fonction directrice ? La réponse réside dans son attachement au dualisme ontologique de l'être et du devoir-être.⁵⁹ Les constructions de la science juridique se trouvent dans le second qui constitue un monde idéal et non dans le monde extérieur, celui des tables et des chaises comme les philosophes aiment à le présenter. Le monde extérieur *est*, pourtant, le foyer de la fonction directrice du droit et rien dans la construction de Kelsen ne change quoi que ce soit à ce fait. Au contraire, Kelsen comprend la fonction directrice comme le reflet du phénomène social. Comme il le dit, le fait que des individus vivent ensemble est, avant tout, un phénomène biologique, qui devient social grâce à la

59 V. Paulson 2002a.

fonction directrice.⁶⁰ D'où il résulte que la fonction directrice ne fait pas partie de la science. Elle échappe à la « connaissance du droit ».⁶¹

*Traduit de l'anglais
par Pierre Brunet.*

Bibliographie

- Martin BOROWSKI, 2005 : Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Eugenio BULYGIN, 1983 : Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht. *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Ed. Günter Kohlmann. Cologne : Peter Deubner.
- , 1988: Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho. Trad. par Jerónimo Betegón. Hans Kelsen, Ulrich Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Heinrich DERNBURG, 1911 : *Pandekten. System des Römischen Rechts*. 8. éd. (pt. 1). Berlin : H.W. Müller.
- Horst DREIER, 1986 : *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden : Nomos.
- Andreas FUNKE, 2003 : *System und Entwicklung der Strukturtheorie des Rechts: Die Allgemeine Rechtslehre der Jahre 1874 bis 1917*. Thèse de doctorat. Würzburg : Univ. Würzburg.
- Herbert L.A. HART, 1961 : *The Concept of Law*. Oxford : Clarendon Press.
- Carsten HEIDEMANN, 2005 : Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen. *Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Hans KELSEN, 1911 : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1920 : *Das Problem der Souveränität*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1922 : *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1924 : Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923-24). 374-408. Rééd. in Hans Kelsen, 1925 : *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- , 1926 : Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours* 14 (1926).
- , 1928 : Das Idee des Naturrechtes. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928).
- , 1932 : Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 12 (1932). 481-608.
- , 1945 : *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press.
- , 1957 : The Law as a Specific Social Technique. *University of Chicago Law Review* 9 (1941-42). 75-97. Reed. Hans Kelsen : *What is Justice?* Berkeley, Los Angeles : University of California Press.
- , 1960 : *Reine Rechtslehre*. 2. éd. Vienna : Franz Deuticke.
- , 1987 : Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre: Kritische Bemerkungen Zu Georges Scelle Und Michel Virally*. Eds. Hans Kelsen, Kurt Ringhofer, Robert Walter. Vienna and New York: Springer.
- , 1992 : *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 1997 : *Théorie générale du droit et de l'État*. Trad. Béatrice Laroche, Valérie Faure. Paris : LGDJ.
- , 1998: 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Eds. Stanley L. Paulson,

60 V. Kelsen (1941-42 : 75 ; 1957 : 231).

61 Kelsen 1928.

- Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
 , 1999 : *Théorie pure du droit*. Trad. de la 2^{ème} éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : LGDJ.
- Josef L. KUNZ, 1933-34 : The 'Vienna School' and International Law. *New York University Law Quarterly Review* 11 (1933-34). 370-421.
- Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1904 : *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*. Eds. Artur Buchenau and Ernst Cassirer. Leipzig : Miner.
- John LOCKE, 1690 : *Second Treatise on Civil Government*.
- Neil MACCORMICK, 1981 : *H.L.A. Hart*. London : Edward Arnold.
- Adolf Julius MERKL, 1923 : *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig, Vienna : Franz Deuticke.
 , 1931 : Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*. Ed. Alfred Verdross. Vienna : Springer. Rééd. Merkl 1993.
 , 1993 : *Gesammelte Schriften*. Eds. Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann. Berlin : Duncker & Humblot.
- Stanley L. PAULSON, 1992 : Appendix. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
 , 2001 : Hans Kelsens Doctrine of Imputation. *Ratio Juris* 14 (2001). 47-63.
 , 2002a : Faktum/Wert-Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Ed. Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Gerhard Sprenger. Baden-Baden : Nomos. 223-251.
 , 2002b : Neumanns Kelsen. *Kritische Theorie der Politik. Frank L. Neumann - eine Bilanz*. Eds. Matthias Iser, David Strecker. Baden-Baden : Nomos.
 , 2004a : Review of *Gesammelte Schriften* by Adolf Merkl. *Ratio Juris* 17 (2004).
 , 2004b : Souveränität und der rechtliche Monismus. Eine kritische Skizze einiger Aspekte der frühen Lehre Hans Kelsens. *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa. Festschrift für Theo Öhlinger zum 65. Geburtstag*. Eds. Manfred Stelzer, Alexander Somek, Stefan Hammer, Barbara Weichselbaum. Vienna : WUV-Universitätsverlag.
 , 2005 : *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen : Mohr-Siebeck.
- Joachim RENZIKOWSKI, 2002 : Der Begriff der 'Zurechnung' in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Eds. Robert Alexy, Lukas H. Mayer, Stanley L. Paulson, Gerhard Sprenger. Baden-Baden : Nomos. 253-282.
- Joachim RITTER (Ed.), 1972 : *Dynamik. Historisches Wörterbuch der Philosophie* (2. vol). Basel : Schwabe.
- Alf ROSS, 1968 : *Directives and Norms*. London : Routledge & Kegan Paul.
- Alfred VERDROSS, 1923 : *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- Ota WEINBERGER, 1978 : Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik. *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Eds. Ulrich Klug, Thilo Ramm, Fritz Rittner, Burkhard Schmiedel. Berlin, Heidelberg, New York : Springer.
- Wilhelm WINDELBAND, 1924 : Normen und Naturgesetze. *Präludien*. (1st ed. Freiburg i.B.: J.C.B. Mohr, 1884, 211-246), 9th ed., 2 vols. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1924 (vol. 1, 59-98).
- Ludwig WITTGENSTEIN, 2001 : *Philosophical Investigations*. Trad. Elizabeth Anscombe. 3. éd. Oxford : Blackwell.
- Wilhelm WUNDT, 1903 : *Ethik*. Vol. 2 (3. éd.). Stuttgart : Ferdinand Enke.
- Ernst ZITELMANN, 1888 : Die Möglichkeit eines Weltrechts. *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 39 (N.F. 25). Rééd. in Zitelmann 1916.
 , 1916: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*. Munich et Leipzig : Duncker & Humblot.

Stanley L. Paulson*

How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law

How Merkl's Stufenbaulehre informs Kelsen's concept of law. For many reasons, it seems that Kelsen's legal theory uses two competing concepts of law, one turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation. But this is not the case. Actually the two concepts are incorporated into a single concept of law. Here we face with two points of view which are combined in a single concept of law that reflects both process and coercion. In such an enterprise, the *Stufenbaulehre* and the conceptual machinery that can be drawn from it is central to our understanding of Kelsen's concept of law.

Keywords: hierarchy of norms, dynamic principle, static principle, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

1 INTRODUCTION

In a telling passage in his treatise of 1945, *General Theory of Law and State*, Hans Kelsen appears to depart from his traditional concept of law. The traditional concept is "defined" by Kelsen in terms of the possibility of coercion as set by the reconstructed legal norm. He now appears to be replacing this concept of law with another:

if one looks upon the legal [system] from the dynamic point of view ... it seems possible to define the concept of law in a way quite different from that in which we have tried to define it [thus far]. [In particular, it seems] possible to ignore the element of coercion in defining the concept of law.¹

According to this view, Kelsen continues:

law is anything that has come about in the way the constitution prescribes for the creation of law. . . [For example, an] important stage in the law-creation process [comprises] the procedure[s] by [means of] which general norms are created, that is, the [process] of legislation.²

spaulson@law.uni-kiel.de | William Gardiner Hammond Professor of Law Emeritus and Professor of Philosophy at the Washington University. This paper was completed during my residence in Kiel as Research Prize Awardee of the Alexander von Humboldt-Stiftung (Bonn - Bad Godesberg). I am deeply indebted to my host in Kiel, Robert Alexy.
Kelsen (1945 : 122).
Kelsen (1945 : 122, 123).

In the latter passage, Kelsen is clearly hinting at the *Stufenbaulehre* or doctrine of hierarchical structure that he took over lock, stock, and barrel from his gifted, and much neglected, colleague, Adolf Julius Merkl.³

Do we indeed have, then, two competing concepts of law in Kelsen's legal theory, the earlier concept turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation? I think not. On the contrary, as I shall argue, the two concepts of law to which Kelsen refers here are in fact two sides of a single concept of law or - in language that Kelsen adopted from Wilhelm Wundt and the Baden Neo-Kantians - two standpoints, two points of view (*Betrachtungsweisen*),⁴ that are incorporated into a single concept of law. Earlier, there is a static or *ex post* point of view, where the focus is on the issued legal norm and thus on coercion, and, later, there is a dynamic or *ex ante* point of view, antedating the issuance of the legal norm and thus emphasizing the process of law creation. These points of view are combined in a single concept of law that reflects both product and process, or - in the language of Kelsen's *General Theory of Law and State* - both coercion and law creation. As we shall see, the *Stufenbaulehre* - and the conceptual machinery that can be drawn from it - is central to the entire enterprise, profoundly informing our reading of Kelsen's ramified concept of law.

I develop, in section II, some of the rudiments of Kelsen's earlier concept of law, based on coercion. I turn, in section III, to a brief statement of Kelsen's later concept of law, which turns on law creation. I then turn, in section IV, to Kelsen's utilization of the so-called complete legal norm - another of the doctrines he drew from Adolf Julius Merkl. Here Kelsen himself, bringing together the two concepts of law to which he refers in *General Theory of Law and State*, in effect shows that they are in fact two sides of a single, ramified concept of law. Moving beyond the basic structure, I turn, in section V, to a problem that Kelsen had confronted in his legal theory from the beginning, namely, the "essence of the objective law" and the "ideal linguistic form" of the legal norm, as he puts it in his first major treatise, *Main Problems in the Theory of Public Law*.⁵ This back-

3 See Merkl (1923: 201-223), and Merkl (1931: 252-294; 1993: 437-492). The earlier text is Merkl's first systematic statement of the *Stufenbaulehre*, while the latter text represents his most complete statement. The *Stufenbaulehre* was first adopted by Kelsen in an essay (1924: 374-408). Kelsen reprinted this statement verbatim in the *Allgemeine Staatslehre* (1925, §§ 32-36, 229-255). On the *Stufenbaulehre*, see the rich and rewarding paper by Borowski 2005. I comment on the neglect of Merkl in my review of the first two volumes of his *Gesammelte Schriften* (see above), in Paulson (2004a: 263-264). The neglect has gone so far that Merkl (1890-1970) has in fact been confused, in some circles, with the Straßburg legal theorist Adolf Merkel (1836-1896), a proponent of the late nineteenth-century *Allgemeine Rechtslehre*, on which I cannot forbear mentioning the rewarding study by Funke 2003.

4 See Kelsen (1911: 4, 5), with references to Windelband (1924: 59-98), and to Wundt (1903: 1-10).

5 Kelsen (1911: 237). The treatise has been translated into Polish, Spanish, and Italian.

ground from *Main Problems*, illuminating Kelsen's quest for a defensible concept of law, shows that more was at stake from the very beginning than the offhand references to coercion might suggest. Finally, I take up, in section VI, a thought experiment drawn from John Locke, Merkl, and H. L. A. Hart. In Kelsen's hands, as the thought experiment makes clear, the functions represented by law issuance and law application - or, in Kelsenian parlance, the functions represented by the empowerment to issue norms and by the empowerment to impose sanctions - supplant the original, directive function of the law. To be sure, the so-called directive function survives in Kelsen's theory, but in an emasculated form, as the function or purpose of law *qua* social technique. "Function" with respect to its source is ambiguous. The so-called directive function of the law is not numbered among the legal functions *per se*. Rather, it stems from a source outside of "the cognition of the positive law".⁶ It stems, in other words, not from the ideal world of the law but from the empirical world of fact.

My aim, in short, is to go beyond the standard reading of the *Stufenbaulehre* or doctrine of hierarchical structure, as the notion pertains to Kelsen. It is well known that the doctrine served to relativize the differences between law creation and law application, and thereby to relativize the standing of the different species of law themselves. As Kelsen puts it, reflecting on the significance of the *Stufenbaulehre*, Merkl "relativized what had ossified into the absolute: the opposition...between general and individual norm, between abstract and concrete norm."⁷ In short, Kelsen points out that both the tradition in legal theory and he himself in *Main Problems* ignored an entire spectrum of legal norms, those between general statutory provision and concrete legal act. The only way to set things straight, Kelsen argues, is to follow Merkl's graduated scheme, which exhibits all the levels of legal norm in the legal system, from the most general constitutional and legislative norms to the most concrete legal acts. Legislation, the standard-bearer of nineteenth-century statutory positivism (*Gesetzespositivismus*), loses its privileged position, a point that is, to be sure, a fundamental contribution of the Vienna School of Legal Theory. But there is more. The *Stufenbaulehre* bears directly on Kelsen's concept of law, and this is the point I wish to develop here.

2 KELSEN'S EARLIER CONCEPT OF LAW: COERCION

In his discussion of coercion in the First Edition of *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law, Kelsen introduces the notion by appealing to four separate motifs, with attention to a different aspect of coercion in each of them. He does not

⁶ Kelsen 1928.

⁷ Kelsen (1998: 13-14) (emphasis in original).

speak, *expressis verbis*, of coercion *qua* concept of law, but in *General Theory of Law and State*, as we have seen, he points to coercion as the hallmark of his earlier concept of law. And what is more, the four motifs taken together do appear to stand for a concept of law.

What, then, are the four motifs? There is, first, coercion as *differentia specifica* of the formal category of norm, second, coercion as empirical criterion of the law, third, coercion as a proper part of the reconstructed legal norm, and, fourth, coercion vis-à-vis Kelsen's doctrine of the identity of state and law. The motifs overlap, of course, and I shall invite attention to the overlap at several points.

2.1. Coercion as *differentia specifica* of the formal category of norm

To make sense of this initial motif, one has to begin with the genus that Kelsen goes on to differentiate. The genus, he tells us, is "[t]he formal category of norm", the category "designated by 'ought'".⁸ Here the norm is undifferentiated and applies therefore in all of the normative fields, say, logic, philology or prescriptive linguistics, aesthetics, ethics, and the law.⁹ How, then, is the legal norm to be differentiated? "[T]he legal norm", Kelsen writes, "is a coercive norm (a norm providing for coercion)", and it is precisely thereby that "the legal norm is distinguished from other norms."¹⁰

2.2. Coercion as empirical criterion of the law

Kelsen goes on to speak of the coercive element as an "empirical criterion" of the law,¹¹ a line that might well be read with puzzlement, for Kelsen also argues again and again that "the law is norm".¹² The law is, in other words, not empirical at all but "ideal",¹³ a position that reflects the fact-value distinction cham-

8 Kelsen (1992: § 12, 26).

9 See Kelsen (1911: 4), for a similar list. Kelsen is decidedly ambivalent on the status of ethics. On the one hand, he sometimes appears in the guise of a sceptic, and this is certainly the view of him emphasized by most interpreters. On the other hand, he presses his "no-conflicts thesis" - that is, no possible conflict between ethics and the law - in virtually everything he has written on the theory of public international law, of which his defense of monism is an integral part. Monism provides an explanation of sorts, if hardly a justification, of his "no-conflicts thesis". See e.g. Kelsen (1920: § 27, 107-111); Kelsen (1926: 267-270). On Kelsen's monism generally, see Paulson 2005.

10 Kelsen (1992: § 12, 26).

11 Kelsen (1992: § 12, 26).

12 Kelsen (1992: § 12, 26; § 5, 11; § 7, 13; § 8, 15; § 11(a), 23; § 15, 32; § 19, 38; § 29, 58).

13 Kelsen (1992: § 8, 15): "[J]ust as one distinguishes the law from nature, so one is also to distinguish the ideal phenomenon, law, from other ideal phenomena, especially from norms of other types."

pioned by the Baden Neo-Kantians: Matters of fact exist and are found in the external world, but the law *qua* norm "obtains", is "valid", in a second world.¹⁴ This claim of Kelsen's is captured by the import of his "formal category of norm", above. Still, Kelsen's point here that coercion is an empirical criterion of the law can perhaps be saved by arguing that just as, for Wittgenstein, pain behaviour is an empirical criterion of pain,¹⁵ so likewise, for Kelsen, the coercive element is properly understood as an empirical criterion of the law, which, for its part, is not empirical but ideal.

To be sure, coercion *qua* criterion proves to be a more complex doctrine than it appears on first glance to be. For Kelsen is referring not only to the imposition of coercion but also to conformity to the law, which, he argues, is motivated by the wish to avoid subjecting oneself to coercive measures. Kelsen is quick to add that the wish to avoid subjecting oneself to coercive measures is *scarcely the only reason* people conform to the law.¹⁶ And if the notion of conformity to the law *qua* empirical criterion were fully worked out, it might well swallow the coercive element whole. The party identifying the law by appeal to the reworked criterion would not be unlike the "cognitive observer" in H. L. A. Hart's theory (not a representative of the internal point of view, but one who nevertheless knows the rules that the representatives of the internal point of view follow).¹⁷

2.3. Coercion as a proper part of the reconstructed legal norm

From the beginning, Kelsen speaks of the need to arrive at the "ideal linguistic form" of the legal norm¹⁸ in order, *inter alia*, to distinguish the law from morality. The results of his inquiry are captured in the expression "reconstructed legal norm".¹⁹ In the present context I consider the reconstructed legal norm only in so far as Kelsen's coercive element bears on it.

14 The two-worlds doctrine is given expression, first, in Kelsen (1911: 4-8 *et passim*), and in Kelsen (1925 : § 5(c), 19 ; § 13(b), 62, *et passim*). See generally Paulson (2002a: 223-251).

15 See Wittgenstein (2001: §§ 256-257) and, indeed, the entire section on the private-language argument (2001: §§ 243-315).

16 See Kelsen (1992: § 14(c), 31-32).

17 What I have termed the "cognitive observer" is tacit in Hart's theory, namely, where he speaks of a "[moderate] external point of view" (the point of view of one who, "without himself accepting [the] rule of recognition, states the fact that others accept it"), Hart (1961: 99). Hart does not, however, develop the doctrine. See MacCormick (1981: 36-40), who was perhaps the first to see this point clearly. MacCormick in fact speaks of a "hermeneutic observer" here. I recognize that to develop Kelsen's "empirical criterion" in this direction tends to undermine his starting point, "the coercive element" in the concept of law, and I offer the remarks in this paragraph of the text as a reflection on Kelsen's criterion, not as part of a statement of his earlier concept of law.

18 See note 6 above.

19 The expression, as used here, stems from Bulygin (1983: 20), also in Spanish in Bulygin (1988:

Kelsen writes that coercion is "essential for the legal character of the norm",²⁰ and that the secondary legal norm,²¹ for want of the coercive element, "cannot be an essential expression of the law".²² The "mode specific to the law"²³ is reflected in the hypothetically formulated or reconstructed legal norm, which links "a human being's behaviour, regarded as socially harmful, with a coercive act, perceived by that human being to be an evil".²⁴ In the earlier 1930s, before Kelsen had come expressly to the conclusion that empowerment is the fundamental modality in the law, his most elegant statement on the reconstructed legal norm was found at section 11(b) in the First Edition of *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law. Posing the question of how one can sever the concept of the legal norm from its source, the concept of the moral norm, in order thereby to secure the autonomy (*Eigengesetzlichkeit*) of the law even vis-à-vis morality, he writes:

the Pure Theory does this not by understanding the legal norm, like the moral norm, as an imperative - the usual approach of traditional theory - but by understanding the legal norm as a hypothetical judgment that expresses the specific linking of a conditioning material fact with a conditioned consequence. The legal norm becomes the reconstructed legal norm, which exhibits the basic form of positive laws. Just as the law of nature links a certain material fact as cause with another as effect, so the law of normativity links legal condition with legal consequence (the consequence of a so-called unlawful act). If the mode of linking material facts is causality in the one case, it is imputation in the other, and imputation is recognized in the Pure Theory of Law as the particular lawfulness, the autonomy, of the law.²⁵

Here the coercive element, not evident on first glance, comes in through the back door. Imputation, Kelsen's juridico-normative category, serves to warrant imputing liability to the legal subject, with "liability" meaning liability to the imposition of a sanction, and with "sanction" now standing in for coercion.²⁶

11). On the reconstructed legal norm as Kelsen understands it in the First Edition of *Reine Rechtslehre*, see also Paulson (1992: 132-134).

20 Kelsen (1992: § 14(b), 29).

21 This is Hart's primary rule.

22 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

23 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

24 Kelsen (1992: § 14(c), 31).

25 Kelsen (1992: § 11(b), 23).

26 On imputation, see (1992 : § 11(b), 23-25 ; § 25(a), 47-48 ; § 25(d), 50-51 ; § 100(b), 100-101). It is fair to say that no consensus has developed on the import of imputation in Kelsen's theory. Still, the concept is now enjoying some attention. See e.g. Heidemann 2005; Renzikowski (2002: 253-282); Paulson (2001: 47-63).

2.4. Coercion vis-à-vis Kelsen's doctrine of the identity of state and law

In identifying the state with the law,²⁷ Kelsen combats traditional views of the state, rooted as they are in what he regards as an indefensible metaphysic or ideology. Indeed, Kelsen's monism with primacy of public international law is a response in part to the absence of the state in his legal theory and, therefore, the absence of state sovereignty as a structure existing independently of the law and serving as its foundation. The alternative to the state and to state sovereignty is a hierarchy of laws. Alfred Verdross, in particular, developed the *Stufenbaulehre* with an eye to capturing the monism with primacy of public international law.²⁸

The present focus on Kelsen's doctrine of the identity of state and law, however, is solely in the context of coercion. Here Kelsen's simple syllogism will suffice.²⁹ The state, Kelsen writes, is by definition a coercive social system, and since a coercive social system is a legal system, it follows straightaway that the state is a legal system. Thus, the coercive element, which serves as the distributed term in Kelsen's syllogism, is a defining property of the legal system, too. The same will be true, *mutatis mutandis*, of a decentralized legal system, most obviously public international law, the difference being, of course, that there is no occasion here to speak of a state. But, Kelsen insists, coercion *qua* defining property is *no less evident*, for if "so-called international law" is a legal system *at all*, "then this system of norms, too, must count as a coercive system".³⁰

3 KELSEN'S LATER CONCEPT OF LAW: LAW CREATION

In effect, Kelsen's later concept of law, reflecting the legal system "from the dynamic point of view",³¹ is captured by the *Stufenbau* itself. That is, the dynamic point of view invites attention to a property characteristic of the law, namely, that it regulates its own creation, precisely the property at the heart of the *Stufenbaulehre*. Just as constitutional norms govern the process of legisla-

27 See e.g. Kelsen (1920: § 3, 12; § 4, 17); Kelsen (1922: § 15, 86-91); Kelsen (1925: §§ 10-17, 47-91); Kelsen (1992: § 48, 99-106) ; Kelsen (1945: 181-207). See also Dreier (1986: 208-211); Paulson (2002b: 113-116). It is perhaps worth noting that Kelsen's so-called identity does not, *qua* identity, withstand close scrutiny, for it applies - and, indeed, Kelsen would have it apply - in only one direction. It does not therefore count, strictly speaking, as an identity at all. Kelsen identifies the state with the law, to be sure, but there are decentralized species of law that have no counterpart in a state. A more accurate formulation of Kelsen's point might run as follows: What we know as the state is fully to be incorporated into, and restated in terms of, the law. It is not the case, however, that wherever there is law, there is *eo ipso* a counterpart state.

28 See Verdross 1923.

29 See Kelsen (1992 : § 48(a), 99).

30 Kelsen (1932: 483).

31 Kelsen (1945: 122) (see quotation, text at note 1 above).

tion, so legislative norms govern the process of administrative regulation, and so on. As Kelsen writes:

the relation between a higher and a lower level of the legal system - as between constitution and statute, or between statute and judicial decision - is a relation of determining or binding ... In governing the creation of the lower-level norm, the higher-level norm determines not only the process whereby the lower-level norm is created, but possibly the content of the norm to be created as well.³²

This is not to say - the "formalism" charge of Kelsen's many critics to the contrary notwithstanding³³ - that the process is in any way mechanical. A creative dimension is undeniable, for there is an unavoidable element of discretion involved in the issuance of the lower-level norm. In other words, the determination of lower-level norm by higher-level norm is never complete.

The higher-level norm cannot be binding with respect to every detail of the act putting it into practice. There must always remain a range of discretion, sometimes wider, sometimes narrower, so that the higher-level norm, in relation to the act applying it (an act of norm creation or of pure implementation), has simply the character of a frame to be filled in by way of the act.³⁴

The primary emphasis here, however, is not the creative dimension of the process. Rather, the primary emphasis here is empowerment - more precisely, the fact that the norm to which one appeals in order to issue a norm, to make law, is an empowering norm. Kelsen introduces empowerment *qua* legal norm for the issuance of legal norms only tacitly, that is, as a part of his adoption of Merkl's *Stufenbaulehre*. Later, however, in taking up a second species of empowerment, namely, empowerment *qua* legal norm for the imposition of sanctions, he addresses empowerment on the merits. I return to the point in section V below.

4 THE COMPLETE LEGAL NORM AND THE RAMIFIED CONCEPT OF LAW

As I noted at the outset, I am arguing that Kelsen artfully combines his earlier and later concepts of law, drawing the so-called complete legal norm from Merkl's mature statement of the *Stufenbaulehre*. To anticipate Kelsen's move here, it is well to begin with the overriding concepts, dynamic and static.

³² Kelsen (1992: § 33, 77-78).

³³ See Paulson (2002b: 109-113); to be sure, my remarks here barely scratch the surface of an interesting question of juridico-intellectual history: Why was Kelsen attacked by, among others, virtually all of the Weimer *Staatsrechtler* on the ground that he was engaged in a wrong-headed enterprise known as "Logizismus"? Was this simply the wearisome reproach of formalism or was something more interesting going on?

³⁴ Kelsen (1992: § 33, 78).

"Dynamic" - the modern expression is traceable to Leibniz³⁵ - conveys the idea of force, motion, or change. Significantly, its etymological precursors include the scholastic "*potentia*", that is, the capacity or power to develop.³⁶ Similarly in the law. The international lawyer and legal theorist Josef L. Kunz, an important figure in the Vienna School of Legal Theory, writes that a "dynamic theory of international law has to deal with the problem of the creation of international law".³⁷ The well-known legal theorist Ota Weinberger, for some purposes a modern-day representative of the Brno School of Legal Theory, defends a dynamic theory of law, treating "dynamic" and "change" as synonyms.³⁸ Merkl writes that without empowering norms, without a means of creating new law, the "legal system would be absolutely rigid and inflexible".³⁹

A *change* in the legal system, brought about by the *creation* of law - these are Kelsen's themes, too. Returning to his statement in *General Theory of Law and State*,

law is anything that has come about in the way the constitution prescribes for the creation of law.... [For example, an] important stage in the law-creation process [comprises] the procedure[s] by [means of] which general norms are created, that is, the [process] of legislation.⁴⁰

This dynamic point of view is usefully conceptualized as an *ex ante* perspective, a focus antedating the issuance of the legal norm and thus emphasizing the process of law creation. The norms depicted from this point of view - most prominently, those that enable legislators to issue general norms, to pass legislation - are empowering norms. In a familiar triad, empowering norms determine *who* can issue norms, *which* norms can be issued, and *by what means*.⁴¹

Kelsen goes on to introduce a complementary static point of view, which can be usefully conceptualized as an *ex post* perspective. Here the legal norm has already been issued, and the focus is on it, the legal norm proper. Once again the text is *General Theory of Law and State*:

what, from a dynamic point of view, is [a higher-] level norm, in particular, a constitutional [empowering norm that determines] the creation of a general norm[,] becomes in a static presentation of law one of the conditions [of] the general norm.. In a static presentation of law, the higher-[level] norms of the constitution are, as it were, projected as parts into the lower[-level] norms.⁴²

35 See Leibniz (1904: 256-272).

36 See generally the article "Dynamik", in Ritter (1972: 302-303).

37 Kunz (1933-34: 412).

38 See Weinberger (1978: 175 *et passim*).

39 Merkl (1931: 281; 1993: 475).

40 Kelsen (1945: 122, 123) (my insertions).

41 See Ross (1968: 130-131).

42 Kelsen (1945: 144) (my insertions).

Whereas the dynamic or *ex ante* perspective is associated with the *Stufenbau* itself,⁴³ with its various empowering norms at the various levels manifest in the legal system in question, Kelsen's static or *ex post* perspective is aimed at reproducing the *Stufenbau* in miniature by means of the so-called complete legal norm. The reproduction serves to replicate the levels of the *Stufenbau*, from the constitution to the hypothetically formulated sanction-norm at the base of the structure - all of this *from the standpoint of the particular norm that has been issued*. Merkl's own example of a complete legal norm, drawn from the Austrian legal system, is useful. The concrete legal norm - issued and serving as the point of departure for the construction of the complete legal norm in the example - is set in at the base, below, as marked by [g]:

[a] If an organ, empowered by federal constitutional statute to initiate legislation, has introduced a bill in the National Assembly (*Nationalrat*) to the effect that the seller of certain wares is to pay a sales tax amounting to a certain percentage of the proceeds from the sale, and further, [b] if the National Assembly, first in committee and then in plenary session, in the procedure specifically prescribed by parliamentary rules of order, has passed a bill to this effect, and further, [c] if this legislation has been submitted to the Federal Assembly (*Bundesrat*), which either raised no objection within a period of eight weeks or decided before this deadline to raise no objection, and further, [d] if the Federal President has signed this legislation, and the Federal Chancellor as well as the Federal Minister of Finance have countersigned the presidential signature, and further, [e] if the Federal Chancellor has published the signed and countersigned legislation in the Federal Statute Book, and further, [f] if, after the effective date of this legislation, the tax official designated in the statute has prescribed in a certain procedure that a certain person is to pay a certain tax, and finally, [g] if this certain person does not pay the prescribed amount within the prescribed time, then a penalty for the tax offense ought to be imposed on him.⁴⁴

Is Merkl's "complete legal norm" truly complete, and if it is not, does that matter? The query merits a brief discussion. Beginning with the concrete legal norm [g], if its antecedent condition obtains - the individual did not pay the duly prescribed tax - then its consequent may be drawn, to the effect that the individual is liable to the imposition of a penalty. If the individual chooses to challenge the law as applied to him, he might well argue that one or another of the antecedent conditions [a]-[f] was not satisfied and that lack of satisfaction violates, say, due process of law. This last notion, drawn from the constitution, is not a part of Merkl's "complete legal norm", underscoring its actual incompleteness. Indeed, even if all the constitutional constraints that might possibly apply were added as antecedent conditions, the (ostensibly) complete legal norm would still fall short of completeness. For it is always possible that an unanticipated new reading will emerge from a constitutional challenge based on, say, a

43 Or, more accurately, it yields a suitably simplified version of the *Stufenbau*, which would defy description altogether if the demand were to fill it out in all of its complexity.

44 Merkl (1931: 281; 1993: 465-466).

new interpretation of a constitutional provision, and such a reading can always become a part of the received opinion. In a very real sense, then, *no* (ostensibly) complete legal norm is complete for all purposes.

This does not, however, undermine Merkl's model, for in practice the applicable conditions are filled in *after the fact*.⁴⁵ The neat distinction drawn by the philosopher of science between the often chaotic "process of discovery" and the tidy "process of justification" applies here, too. Filling in the conditions of a complete legal norm after the fact reflects the spirit of the process of justification.

This detail respecting completeness aside, how does the so-called complete legal norm serve to bring together the two concepts of law, law creation and coercion? The key lies in the distinction between *ex ante* and *ex post* perspectives. From the *ex ante* perspective, the complete legal norm represents the applicable empowering norms, which, if acted upon, will yield the sanction-norm at [g]. From the *ex post* perspective, the empowering norms are projected into the issued sanction-norm as its conditions or "parts", as Kelsen sometimes refers to them.⁴⁶ Thus, the complete legal norm provides a birdseye view of both sides of the ramified concept of law - the *ex ante* perspective inviting attention to law creation, the *ex post* perspective focusing on coercion, now embedded in the consequent of the hypothetically formulated sanction-norm. What is more, these two perspectives, *ex ante* and *ex post*, capture the two types of empowerment at work in the system, the empowerment to issue norms and the empowerment to impose sanctions.

To appreciate why the ramified concept of law adumbrated here reflects more accurately Kelsen's own programme than do his remarks about coercion, it is well to turn to his concern, from the beginning, with the objective law and the "ideal linguistic form" of the legal norm. I set the stage by introducing Kelsen's polemic against the "system of subjective law", the antipode to the "system of objective law".

5 THE OBJECTIVE LAW AND THE "IDEAL LINGUISTIC FORM" OF THE LEGAL NORM

It is well known that Kelsen struggled to move beyond various dualisms in the law, in particular that between subjective and objective law. He addresses the issue in a number of his writings. Here is a statement from the First Edition of his *Pure Theory of Law*:

⁴⁵ This approximates the modus operandi in using Hart's rule of recognition, too. In practice, one is not trying to cope with the rule of recognition writ large. Rather, one resorts to working rules of recognition.

⁴⁶ See Kelsen (1960: § 6(e), 55-59).

When general legal theory claims that its object of enquiry, the law, is given not only in an objective sense but also in a subjective sense, it builds into its very foundation a basic contradiction, that is, the dualism of objective law and subjective right. For general legal theory is thereby claiming that law - as objective law - is norm, a complex of norms, a system, and claiming at the same time that law - as subjective right - is interest or will, something altogether different from objective law and therefore impossible to subsume under any general concept common to both. This contradiction cannot be removed even by claiming a connection between objective law and subjective right, by claiming that the latter is defined as interest that is protected by the former, as will that is recognized or guaranteed by the former. In line with its original function, the dualism of objective law and subjective right expresses the idea that the latter precedes the former logically as well as temporally.⁴⁷

The concept of objective law is tolerably clear. "Objective law" refers to the sum total of general, abstractly formulated legal norms in the legal system.⁴⁸ Underscoring Kelsen's conception of objective law is his thesis of the identity of state and law, of state and legal system. "Subjective law" and, indeed, the "system of subjective law", as understood by its nineteenth-century proponents, not least of all Georg Friedrich Puchta and Heinrich Dernburg, antedates the objective law and exists independently of it. Puchta's commitment to personal liberty, expressed in the Kantian language of "self-determination or autonomy", is conspicuous here. Dernburg in his treatise explains in a helpful way the import of Puchta's position:

Historically speaking, rights in the subjective sense existed for a very long time before a conscious political order developed. They were based on the personality of individuals and on the respect these individuals were able first to win for themselves and their property, and then to enforce. It was only by way of abstraction that contemplation of existing subjective rights gradually led to the concept of the legal system. It is therefore unhistorical and incorrect to view rights in the subjective sense as nothing but emanations of law in the objective sense.⁴⁹

Kelsen regards the idea that the subjective law might exist independently of the objective law as well-nigh wrong-headed. Rights and duties are legally valid only if their validity systems from the objective law, from a legal system.⁵⁰ The "contradiction" to which Kelsen refers in the quoted text stems from granting this point and saying at the same time that the system of subjective law can exist independently of the system of objective law.⁵¹ The only way to resolve

47 Kelsen (1992: § 19, 38 ; see also § 20, 39-40).

48 Windscheid etc.

49 Dernburg (1991: 65), quoted in Kelsen (1992: § 19, 39). Dernburg's treatise first appeared in 1884. He was, to be sure, a latecomer to the "*Pandektistik*". Windscheid in his later work had already rejected.

50 This may strike one as transparently false. What of the system of subjective rights that antedates the system of objective law? Kelsen speaks to the issue, for example, in his debate with Eugen Ehrlich, arguing that the rudiments of a system of objective law are always present if one is claiming that the subjective rights at issue are indeed legally valid.

51 Of course, the proponents of dualism do not grant Kelsen's point at all. They argue that the

the contradiction, Kelsen contends, is to eliminate the system of subjective law altogether.

In his treatise of 1911, *Main Problems in the Theory of Public Law*, Kelsen takes up the question of "the essence of the objective law", the general, abstractly formulated legal norms in the legal system, by posing a second question, that of the "ideal linguistic form" of such norms. As he writes:

The question of whether the legal norm is to be understood as an imperative or as a hypothetical judgment is the question of the *ideal* linguistic form of the legal norm or, indeed, the question of the essence of the objective law. The practical wording used in concrete legal systems is irrelevant to the solution of the problem. The legal norm (in its ideal form) must be constructed from the content of statutes, and the components necessary to this construction are often not present in one and the same statute but must be assembled from several.⁵²

The essence of the objective law is manifest in the objectified or reconstructed legal norm, that is to say, the legal norm whose formulation is ideal in the required sense. In short, the "essence of the objective law" and the "ideal linguistic form" of the legal norm are intimately related questions. Already clear to Kelsen, in *Main Problems*, is the notion that the legal norm be formulated hypothetically, that it be addressed to the legal official, *a move representing, of course, a shift away from the legal subject* and the trappings of subjectivity that the concept "legal subject" connotes.

Kelsen conceives of the "ideal linguistic form" of the legal norm as a central part of his general programme of concept formation, and the programme represents in turn his initial response to naturalism in legal science: Concepts in the law, normative in character as they are, resist the naturalist's penchant to reduce them to (what the naturalist sees as) their factual counterparts. Of course Kelsen was not the only theorist engaged in concept formation. One thinks, for example, of Ernst Zitelmann (1852-1923), who, with an eye to establishing the *desideratum* of the objective law, had posed, nearly a quarter of a century before Kelsen's *Main Problems*, the question of the linguistic form of the legal norm. All objective law, he wrote:

whatever the time, whatever the place, has one and the same logical form. This form of juridical thought, capable of encompassing the most various of material content, is itself simply form, completely devoid of content.⁵³

Over a period of some thirty years, Kelsen seeks further properties of the legal norm in its ideal linguistic form, and he defends, beginning in the late

validity of subjective rights is traceable to a separate source. Kelsen, however, regards his point as transparently clear, capturing the import of objective law and tracking at the same time the unity of law. The proponents of dualism are mistaken - or so Kelsen would have us believe.

⁵² Kelsen (1911: 237) (emphasis and parentheses in original).

⁵³ Zitelmann (1888: 193-5, 201-03, 209-12, at 194; 1916: 10).

1930s, the idea that the hypothetically formulated sanction-norm, addressed to the legal official, is an empowerment.⁵⁴ Kelsen elaborates the point in *General Theory of Law and State*, where he argues for the first time that the legal "ought" is to be seen not as giving expression to the concept of legal obligation but as a *place-marker*.⁵⁵ Specifically, in the objectified or reconstructed legal norm, the presence of the legal "ought" marks the possibility that under certain conditions a sanction can be imposed, that is, the legal organ is empowered under certain conditions to impose a sanction. To be sure, it may be the case that a legal official, say A, is obligated to impose a sanction. This is to say, on Kelsen's analysis, that a higher-level legal official is empowered to impose a sanction on legal official A, should A fail to impose the sanction on the legal subject. Thus, the concept of legal obligation is preserved, but its analysis now turns on a bi-level construction of empowering norms.

At this juncture, Kelsen's construction of the ramified concept of law is essentially complete, for he has now introduced a second type of empowerment, complementing the empowerment he adopted from Merkl. In the newly introduced empowerment to issue sanctions, the coercive element is embedded in a normative structure and no appeal is made to coercion as such. Rather, Kelsen's appeal is to a certain legal relation - the legal power of the official to impose a sanction, reflected in the legal liability of the legal subject to its imposition.

6 SUPPLANTING THE DIRECTIVE FUNCTION OF THE LAW

Finally, I want briefly to turn to a thought experiment that draws in a familiar way on John Locke,⁵⁶ Merkl,⁵⁷ and H.L.A. Hart.⁵⁸ Merkl, like Locke before him and Hart after him, begins at one point in the "Prolegomena" paper with a "primitive system of rules", manifesting the directive function of law. He then builds in additional structures in order to correct the difficulties inherent in the primitive system. In Kelsen's hands, as I suggested in the Introduction, the additional structures supplant the original, directive function. My interest, here, in the thought experiment is less a matter of textual detail, and more a matter of illustrating Kelsen's move.

Imagine, then, a primitive rule-system that has but a single level, represented by duty-imposing rules, a system in which the subjects are required simply

54 See Kelsen (1987: 1-108, esp. 72-75). (The text is reproduced from a ms. of the late 1930s.)

55 See Kelsen (1945: 61, see also 62-63).

56 See Locke (1690: ch. 9, at §§ 124-131).

57 See Merkl (1931: 253-259). Repr. in Merkl 1993.

58 See Hart 1961.

to comply with these rules. Now we are invited to examine the system's defects. The most obvious of these is the inability to issue new rules or to abrogate existing rules, for there is by hypothesis no lawmaking (for example, legislative) apparatus at hand. To mend the defect, our interlocutor proceeds to build in a second level, that of empowerment, thereby transforming the primitive rule system into a norm system that is dyadic in structure.

The next question is whether the dyadic structure is not itself wanting. With an eye to facilitating the enquiry, our interlocutor reverts straightaway to the language of legal functions. The monadic structure reflects the directive function alone: Rules impose obligations on - and thereby direct - subjects. The transformation of the monadic structure into a dyadic structure marks the introduction of a second function, that of lawmaking. These two functions, however, do not suffice. As the interlocutor argues, even if the dyadic structure with its directive and lawmaking functions is adopted, noncompliance with give rise to problems. There is no institutional means to determine noncompliance or, even if noncompliance could be determined, to impose sanctions.

Our interlocutor responds by introducing a third function, that of law application, which complements the directive and lawmaking functions. Once the third function is in place, the result would seem to be a triadic structure, that is, a structural hierarchy built from precisely these three levels. Kelsen, however, takes a different tack, one that is reflected in his ramified concept of law. He sees the latter two functions of the triadic structure as together *supplanting*, in legal science, the original, directive function. The latter functions correspond, in Kelsen's scheme, to the *ex ante* and *ex post* perspectives reflected in the so-called complete legal norm. By the same token, the latter functions correspond, in Kelsen's scheme, to Kelsen's empowerments to issue norms and to impose sanctions respectively.

Why would Kelsen say that the latter functions supplant the directive function? The answer lies in his commitment to the two-worlds theory.⁵⁹ The constructions of legal science are found in the second, ideal world, not in the external world of tables and chairs, as the philosophers are fond of putting it. The external world *is*, however, the home of the directive function, and nothing stemming from Kelsen's reconstructions changes this fact. On the contrary, Kelsen understands the directive function as a reflection of social phenomenon. As he puts it, the fact that individuals live together is, first of all, a biological phenomenon, and it becomes a social phenomenon by virtue of the directive function.⁶⁰ Thus, it turns out that the directive function is not a part of legal science. It is found outside of the "cognition of law".⁶¹

59 See generally Paulson 2002a.

60 See Kelsen (1941-42: 75; 1957: 231).

61 Kelsen 1928.

References

- Martin BOROWSKI, 2005: Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl. *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Eugenio BULYGIN, 1983: Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht. *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Ed. Günter Kohlmann. Cologne: Peter Deubner.
- , 1988: Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho. Trad. par Jerónimo Betegón. Hans Kelsen, Ulrich Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Heinrich DERNBURG, 1911: *Pandekten. System des Römischen Rechts*. 8. ed. (pt. 1). Berlin: H. W. Müller.
- Horst DREIER, 1986: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Baden-Baden: Nomos.
- Andreas FUNKE, 2003: *System und Entwicklung der Strukturtheorie des Rechts: Die Allgemeine Rechtslehre der Jahre 1874 bis 1917*. PhD thesis. Würzburg: Univ. Würzburg.
- Herbert L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Carsten HEIDEMANN, 2005: Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen. *Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Hans KELSEN, 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1920: *Das Problem der Souveränität*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1922: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- , 1924: Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923-24). 374-408. Reprint in Hans Kelsen, 1925: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.
- , 1926: Les rapports de système. Entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours* 14 (1926).
- , 1928: Das Idee des Naturrechtes. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 7 (1928).
- , 1932: Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. 12 (1932). 481-608.
- , 1945: *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- , 1957: The Law as a Specific Social Technique. *University of Chicago Law Review* 9 (1941-42). 75-97. Reed. Hans Kelsen: *What is Justice?* Berkeley, Los Angeles: University of California Press.
- , 1960: *Reine Rechtslehre*. 2. éd. Vienna: Franz Deuticke.
- , 1987: Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles. *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre: Kritische Bemerkungen Zu Georges Scelle Und Michel Virally*. Eds. Hans Kelsen, Kurt Ringhofer, Robert Walter. Vienna and New York: Springer.
- , 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Transl. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 1998: 'Foreword' to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Eds. Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- Josef L. KUNZ, 1933-34: The 'Vienna School' and International Law. *New York University Law Quarterly Review* 11 (1933-34). 370-421.
- Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1904: *Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie*. Eds. Artur Buchenau and Ernst Cassirer. Leipzig: Miner.
- John LOCKE, 1690: *Second Treatise on Civil Government*.
- Neil MACCORMICK, 1981: *H. L. A. Hart*. London: Edward Arnold.
- Adolf Julius MERKL, 1923: *Die Lehre von der Rechtskraft*. Leipzig, Vienna: Franz Deuticke.
- , 1931: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*. Ed. Alfred Verdross. Vienna: Springer. Réed. Merkl 1993.
- , 1993: *Gesammelte Schriften*. Eds. Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann. Berlin: Duncker & Humblot.
- Stanley L. PAULSON, 1992: Appendix. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Transl. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- , 2001: Hans Kelsen's Doctrine of Imputation. *Ratio Juris* 14 (2001). 47-63.
- , 2002a: Faktum/Wert-Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Ed. Robert Alexy, Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Gerhard Sprenger. Baden-Baden: Nomos. 223-251.

- , 2002b: Neumanns Kelsen. *Kritische Theorie der Politik. Frank L. Neumann - eine Bilanz*. Eds. Matthias Iser, David Strecker. Baden-Baden: Nomos.
- , 2004a: Review of *Gesammelte Schriften* by Adolf Merkl. *Ratio Juris* 17 (2004).
- , 2004b: Souveränität und der rechtliche Monismus. Eine kritische Skizze einiger Aspekte der frühen Lehre Hans Kelsens. *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa. Festschrift für Theo Öhlinger zum 65. Geburtstag*. Eds. Manfred Stelzer, Alexander Somek, Stefan Hammer, Barbara Weichselbaum. Vienna: WUV-Universitätsverlag.
- , 2005: *Hans Kelsen - Staatsrechtler und Rechtsphilosoph des 20. Jahrhunderts*. Eds. Stanley L. Paulson, Michael Stolleis. Tübingen: Mohr-Siebeck.
- Joachim RENZIKOWSKI, 2002: Der Begriff der 'Zurechnung' in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens. *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*. Eds. Robert Alexy, Lukas H. Mayer, Stanley L. Paulson, Gerhard Sprenger. Baden-Baden: Nomos. 253-282.
- Joachim RITTER (Ed.), 1972: *Dynamik. Historisches Wörterbuch der Philosophie* (2. vol). Basel: Schwabe.
- Alf ROSS, 1968: *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Alfred VERDROSS, 1923: *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Ota WEINBERGER, 1978: *Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik. Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*. Eds. Ulrich Klug, Thilo Ramm, Fritz Rittner, Burkhard Schmiedel. Berlin, Heidelberg, New York: Springer.
- Wilhelm WINDELBAND, 1924: *Normen und Naturgesetze. Präludien*. (1st ed. Freiburg i.B.: J. C. B. Mohr, 1884, 211-246), 9th ed., 2 vols. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1924 (vol. 1, 59-98).
- Ludwig WITTGENSTEIN, 2001: *Philosophical Investigations*. Transl. Elizabeth Anscombe. 3. éd. Oxford: Blackwell.
- Wilhelm WUNDT, 1903: *Ethik*. Vol. 2 (3. éd.). Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Ernst ZITELMANN, 1888: Die Möglichkeit eines Weltrechts. *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 39 (N. F. 25). Rééd. in Zitelmann 1916.
- , 1916: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*. Munich et Leipzig: Duncker & Humblot.

Synopsis

Stanley L. Paulson

How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law

SLOV. | *Kaj nam Merklova Stufenbaulehre pove o Kelsnovem pojmu prava.* Več je razlogov, zaradi katerih se zdi, da Kelsen v svoji teoriji uporablja dva nasprotujoča si pojma prava, od katerih se prvi zanaša na prisilo, drugi pa odraža postopek ustvarjanja prava. A to ni tako, saj sta oba pojma dejansko združena v enotnem pojmu prava. Tako smo soočeni z dvema vidikoma, združenima v enem samem pojmu prava, ki odraža tako postopek kot prisilo. Pri takšnem pristopu sta *Stufenbaulehre* in konceptualni aparat, ki ga je mogoče potegniti iz nje, ključna za naše razumevanje Kelsnovega pojma prava.

Ključne besede: hierarhija norm, dinamično načelo, statično načelo, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

ENG. | For many reasons, it seems that Kelsen's legal theory uses two competing concepts of law, one turning on coercion, the later concept reflecting the process of law creation. But this is not the case. Actually the two concepts are incorporated into a single concept of law. Here we are faced with two points of view which are combined in a single concept of law that reflects both process and coercion. In such an enterprise, the *Stufenbaulehre* and the conceptual machinery that can be drawn from it is central to our understanding of Kelsen's concept of law.

Keywords: hierarchy of norms, dynamic principle, static principle, *Stufenbautheorie*, Hart, Kelsen, Merkl

Summary: 1. Introduction. — 2. Kelsen's Earlier Concept of Law: Coercion. — 2.1. *Coercion as Differentia Specifica of the Formal Category of Norm.* — 2.2. *Coercion as Empirical Criterion of the Law.* — 2.3. *Coercion as a Proper Part of the Reconstructed Legal Norm.* — 2.4. *Coercion vis-à-vis Kelsen's Doctrine of the Identity of State and Law.* — 3. Kelsen's Later Concept of Law: Law Creation. — 4. The Complete Legal Norm and the Ramified Concept of Law. — 5. The Objective Law and the "Ideal Linguistic Form" of the Legal Norm. — 6. Supplanting the Directive Function of the Law.

Stanley L. Paulson is William Gardiner Hammond Professor of Law Emeritus and Professor of Philosophy at the Washington University. | Address: Juristisches Seminar, Leibniz Straße 6, D-24118 Kiel, Germany. E-mail: spaulson@law.uni-kiel.de