Carla Faralli*

Le droit comme fait

Se fondant sur une analyse méta-éthique anti-cognitiviste et un concept anti-subjectiviste de « réalité », Hägerström contestait la prétention de la théorie juridique traditionnelle, particulièrement le positivisme juridique, à être une science du droit au motif que les entités auxquelles elle se réfère ne sont pas réelles. Olivecrona a su prolonger cette thèse tout en la nuancant. En adoptant un point de vue socio-psychologique, il a construit une théorie réaliste du droit susceptible, à la fois, de mettre en évidence les phénomènes psychiques et linguistiques qui sont au fondement de nos idées de droits et de devoirs, de déterminer les fonctions que ces idées exercent dans la société et d'identifier la façon dont elles influencent nos conduites.

Mots-clés : Commandements autonomes, conduite sociale, droits, devoirs, méta-éthique, norme, science du droit, théorie de la connaissance, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross

Le titre de mon article est directement lié au livre de Karl Olivecrona, *Law as Fact*. La seconde édition de cet ouvrage, qui date de 1971, conduit la réflexion de Olivecrona sur le droit à une conclusion et, plus encore, constitue la meilleure tentative de construction d'une théorie systématique du droit d'un point de vue réaliste.

Comme Olivecrona lui-même le souligne dans un essai récemment paru, le point de départ de sa réflexion sur le problème de la théorie du droit fut Axel Hägerström, le « maître vénéré et adoré ». Olivecrona se sent une dette envers lui parce qu'il a inspiré une approche des études juridiques dans un sens qui « n'aurait pas été possible sans les fondements fournis par sa pensée spéculative ». Selon les termes d'Olivecrona :

Hägerström a fait exploser les vieux instruments conceptuels mais s'est peu occupé de les remplacer par quelque chose de nouveau ; à l'opposé, Lundstedt pensait qu'avec sa théorie du bien-être social, il avait jeté les fondements d'une étude scientifique du droit. Mais cette théorie ne m'a qu'à moitié convaincu et, en outre, elle ne portait pas sur les problèmes pour lesquels je me passionnais. J'avais avant tout besoin de savoir ce que les normes étaient réellement : Hägerström avait montré qu'elles ne pouvaient être définies comme les commandements d'une autorité suprême ou comme les déclarations de sa volonté ; comment dans ces conditions devaient-elles être définies ?

* carla.faralli@unibo.it | Professeure à l'Université de Bologne.

Ainsi, pour répondre à la question de savoir comment les réalistes scandinaves pensaient que le droit devait être défini, nous suivrons Olivecrona et nous nous intéresserons d'abord à la source première du réalisme scandinave que fut Hägerström. Sa recherche – qui porte sur la religion, la morale, la psychologie, la science politique et la philosophie du droit – est notamment organisée autour de la thèse dite de la réalité (élaborée initialement dans *Das Prinzip der Wissenschaft*, Uppsala, 1908). Brièvement exposée, cette thèse revient d'une part à affirmer le dualisme du sujet et de l'objet et, d'autre part, à considérer que dans l'acte de la connaissance les sujets viennent au contact d'un objet, d'une réalité autre qu'eux-mêmes et sans qu'intervienne une modification de leur conscience.

Selon l'opinion de Hägerström, quand nous remontons le cours de la doctrine subjectiviste nous débouchons sur la contradiction suivante : si, comme le prétendent les subjectivistes, tous les objets nous sont connus par leur représentation, la connaissance consiste en l'avènement d'état de conscience, mais alors ces états eux-mêmes nous seront connus par leur représentation, et ainsi de suite à l'infini. Nous tombons ainsi dans un cercle vicieux dont les subjectivistes tentent de sortir en supposant que nous percevons nos états de conscience instantanément, sans médiation. Mais ici, en supposant que les sujets peuvent entrer en contact avec quelque chose d'autre qu'eux-mêmes (leurs états de conscience), nous sommes déjà passés du sujet à l'objet, parce que tout acte cognitif peut être considéré comme effectuant un lien entre le sujet et l'objet, que cet objet soit un état de conscience ou tout autre chose. En reconnaissant que la conscience entre nécessairement en relation avec quelque chose d'autre qu'elle-même (avec les objets), et que ce qui est immédiatement connu n'est pas la conscience mais la réalité elle-même, la contre-révolution copernicienne est arrivée à son terme. Hägerström s'inscrit en faux contre la révolution copernicienne de Kant et affirme que, suivant ce dernier, plusieurs philosophes ont commencé à comprendre la réalité comme le produit d'un acte de pensée. En contredisant le subjectivisme, Hägerström jette les fondements d'un nouveau concept de réalité. Nous pouvons dire ce qu'est la réalité uniquement en invoquant le principe de non-contradiction, fondement non seulement de la pensée mais de la réalité elle-même. D'après ce principe, la réalité consiste dans ce qui est déterminé ou identique à soi. Il serait cependant absurde d'affirmer que nous connaissons un x qui est indéterminé et non identique à soi : détermination et identité sont ce qui font qu'un objet est un objet, ce qui permettent de différencier un objet d'un autre, et rendent possible la connaissance de cet objet. En même temps, tout ce qui est déterminé doit nécessairement appartenir à un contexte plus global, à côté duquel il ne puisse y en avoir d'autre : ce contexte plus global est la dimension de l'espace-temps.

Hägerström dessine ce contexte en prolongeant certaines résonances cartésiennes et kantienne : le sujet conscient prendra connaissance de sa propre existence et deviendra distinct des autres seulement par la place déterminée qu'il occupe dans l'espace-temps. Ainsi, si les êtres individuels conscients appartiennent au monde de l'expérience sensible, et si le contexte de l'espace-temps est une condition sans laquelle ils ne peuvent pas exister et penser, alors tous les autres contextes auront à être compris relativement à ce contexte de l'espace et du temps et cesseront d'être déterminés s'ils perdent toute consistance avec lui.

En résumé, la thèse de la réalité procède de trois éléments que l'on peut définir ainsi : ce qui est réel est déterminé, c'est-à-dire, identique à lui-même et non contradictoire ; il y a un contexte de la réalité au-delà duquel aucun autre contexte n'est concevable ; ce contexte est le contexte de l'espace-temps.

À partir de ces prémisses, Hägerström lance dans tous les domaines du savoir – philosophique, moral et juridique – une attaque contre la métaphysique qui, selon lui, est principalement fondée sur le subjectivisme et en est la conséquence logique. L'intention de Hägerström était de mener une bataille contre la métaphysique non seulement dans sa forme explicite mais aussi dans les formes qu'elle prend tant dans la pensée scientifique que dans la pensée non-systématique, au sein desquelles Hägerström considère comme métaphysique toute combinaison de mots dont le statut épistémologique ne saurait être déterminé avec certitude par celui qui la prononce.

Cet engagement contre la métaphysique – que Hägerström résume d'une formule *praeterea censeo metaphysicam esse delendam* – est destiné, comme Hägerström le reconnaît lui-même, à « traverser le brouillard des mots qui naissent des sentiments et associations d'idées et vont ainsi des sons aux choses ».

Hägerström transpose la thèse de la réalité à l'étude de la morale et du droit et l'emploie ici à un examen scrupuleux des concepts propres à ces domaines ; ces concepts sont analysés et décomposés dans une tentative de les confronter aux faits qui y correspondent.

Dans l'ontologie de Hägerström, les valeurs, devoirs et droits sont irréels, au même titre que les concepts contradictoires (le cercle carré) et les entités purement spirituelles (Dieu).

Selon la conception de Hägerström, les valeurs ne sont rien de plus que l'expression des sentiments de plaisirs ou de déplaisirs que nous ressentons en association avec la perception d'un objet. Si nous-mêmes, comme sujets, étions indifférents au monde qui nous entoure, les objets se videraient de toute valeur (*valence*), de telle sorte que nous pourrions continuer à les considérer comme des objets de connaissance mais ne pourrions plus les qualifier de « bons » ou de « mauvais » : le « bon » et le « mauvais » ne peuvent nous fournir une signification lorsqu'ils sont attribués à un objet, parce que la notion de valeur se révèle

dépourvue de toute signification hors la présence d'un sentiment de plaisir ou de déplaisir.

Autrement dit, les mots « bon » et « mauvais » et toute expression de valeur de ce genre, ne nous donne aucune connaissance relative à une qualité des objets mais une réaction émotive ou mieux encore émotionnelle du sujet lui-même.

D'où il suit que ces jugements de valeur ne sont pas à proprement parler des jugements, par lesquels on affirmerait positivement ou négativement quelque chose à propos de la réalité, mais sont plutôt des pseudo-jugements, de sorte qu'ils ne peuvent être ni vrais ni faux.

En se fondant sur la prémisse que seul ce qui est réel, c'est-à-dire appartient directement au contexte de l'espace-temps, peut être objet de connaissance, et que seul ce qui peut être objet de connaissance peut devenir l'objet d'une recherche scientifique, Hägerström dénie à la philosophie morale le statut de science. Il le fait en se fondant sur l'affirmation que les propositions utilisées en philosophie morale ne sont pas cognitives dans la mesure où elles relèvent des valeurs et que ces dernières ne sont pas des entités réelles. Une science morale est possible non en tant que science *de* la morale mais en tant que science *sur* la morale. Si la philosophie morale veut accéder au statut de science, elle doit changer d'objectif et entreprendre de fournir des descriptions psychologiques, anthropologiques et sociologiques et rendre compte des évaluations morales telles qu'elles existent ou ont existé dans des cultures déterminées et parmi des peuples déterminés dans le temps et l'espace.

La thèse de Hägerström est que le raisonnement applicable à l'étude des valeurs l'est également à l'étude du « devoir » (*ought*). Si, lorsque nous sommes face à un devoir, nous adoptons l'attitude de simples spectateurs de nous-mêmes, et explorons en nous-mêmes, nous découvrirons seulement un sentiment d'obligation qui survient en relation avec une certaine action : c'est-à-dire que nous agissons conformément à un élan spontané fondé sur l'idée d'un comportement donné. Nous découvrirons ainsi une série d'événements psychologiques mais non le devoir lui-même.

Afin d'illustrer ce point, Hägerström compare l'état d'esprit d'une personne éprouvant un sens du devoir (*duty*) et l'état d'esprit d'une personne recevant un commandement.

Une différence fondamentale intervient entre les deux situations : quand un commandement est édicté, s'instaure une relation réelle entre l'auteur du commandement et celui qui le reçoit, relation qui n'existe pas dans le cas du devoir ; de même, un sentiment de contrainte survient de même façon chez le destinataire confronté à des devoirs et des commandements, mais dans le cas du devoir ce sentiment prend la forme d'une qualité objective inhérente à l'action.

Cette perception différente intervient, selon Hägerström, quand les commandements subissent une transformation et deviennent impersonnels. Très tôt dans la vie, nous sommes sujets à d'abondants flux de commandements et de prohibitions émanant des parents, des enseignants, de la société, de la religion, etc. En d'autres termes, un certain niveau de communautés d'actions intervient dans la société provenant de différentes autorités prohibant ou prescrivant à peu de choses près les mêmes actions.

Tout comme les jugements de valeur, les phrases relatives au devoir (*duty*) nous apparaissent sous la forme de jugements, et comme tout véritable jugement, elles semblent présupposer la réalité de ce sur quoi le jugement porte, mais les mots *devoir* et *valeur* ne disent rien lorsqu'ils servent de prédicats aux jugements. La phrase « Ceci est mon devoir » n'est pas à proprement parler un jugement : c'est un pseudo-jugement, parce que ce sur quoi elle porte n'est pas une qualité réelle ou une entité appelée « devoir » mais une association entre un sentiment de contrainte éprouvé par le sujet qui prononce ces mots et la représentation d'une certaine action.

Quand nous parlons du droit de propriété, explique Hägerström, nous croions utiliser une expression dont la signification est claire pour tout le monde : même des enfants qui se disputent un jouet semblent parfaitement conscients qu'une chose appartient à l'un d'eux et pas à l'autre. Mais si nous tentons de déterminer les faits, et donc la réalité répondant à ce droit (*right*), nous nous retrouvons dans une confusion considérable. Quand quelqu'un a un droit de propriété sur quelque chose, le donné réel répondant à ce droit semble être le fait que l'État utilise son pouvoir en vue de garantir une certaine protection. Mais une analyse plus fine révèle que la protection de l'État ne se confond jamais avec l'idée du droit de propriété. Car ce que l'État fait, en réalité, consiste seulement à offrir au titulaire du droit de propriété une possibilité de prétendre à ce dont il a été dépossédé, tandis que la propriété nous semble être un droit en relation avec la chose elle-même et donc un droit de ne pas pouvoir être dépossédé de cette chose par quiconque et aucun État ne peut préserver cette immense assurance.

En réalité, Hägerström façonne l'idée d'un droit (*right*) sur celle d'un devoir (*duty*) : un droit est notre droit d'exiger des autres leurs devoirs. De là, il suit que nous ne pouvons pas davantage indiquer avec précision la réalité répondant à l'idée de droit que celle répondant à l'idée de devoir.

De façon cohérente avec l'analyse critique ci-dessus esquissée, Hägerström conteste la prétention de la théorie juridique traditionnelle, particulièrement le positivisme juridique, à être une science du droit, puisque les droits et les devoirs auxquels elle se réfère comme des entités objectives n'ont réellement pas cours dans la réalité.

La critique de Hägerström sur la théorie et la science du droit – rappelons que Hägerström enseignait et travaillait non comme juriste mais comme phi-

losophe – eut un réel impact au travers du travail de ses élèves juristes, c'est-à-dire Vilhelm Lundstedt, Alf Ross et plus encore Karl Olivecrona. Cela étant, certaines recherches en vue d'une compréhension scientifique des concepts juridiques furent poursuivies par Hägerström lui-même, et d'autres adhèrent encore à sa thèse de la réalité ainsi qu'aux conclusions auxquelles il est parvenu en philosophie morale. Comme on l'a noté, d'un côté, Hägerström souscrit à la thèse selon laquelle ce qui appartient au contexte de l'espace-temps peut être un objet de connaissance et, de l'autre, il conclut qu'une science morale n'est possible qu'en tant que science *sur* la morale, c'est-à-dire une science qui serait en mesure de rendre compte psychologiquement, sociologiquement et historiquement des évaluations morales des seuls individus et peuples identifiés dans le temps et l'espace.

Dans ces conditions, quiconque souhaite mener une étude scientifique sur le droit peut le faire, non à la façon de la science juridique traditionnelle, laquelle conçoit les droits et devoirs comme des entités objectives, mais en adoptant différents angles de vue : par exemple, on peut se lancer dans une recherche historique, destinée à retrouver l'origine des différentes idées de droits et de devoirs (c'est la démarche que Hägerström a faite sienne dans sa monumentale étude relative au concept d'obligation en droit romain comme dans son essai sur le droit de l'Antiquité en Grèce et le droit naturel) ; ou bien, on peut adopter un point de vue socio-psychologique et chercher à mettre en évidence les phénomènes psychiques et linguistiques qui sont au fondement de nos idées de droits et de devoirs ou encore déterminer les fonctions qu'elles exercent dans la société et comment elles influencent nos conduites (c'est la démarche privilégiée par Olivecrona lequel reconnaît avoir poursuivi certaines intuitions de Hägerström et s'être fondé sur les conclusions de ce dernier pour construire une théorie réaliste du droit).

La part critique de la théorie de Olivecrona repose sur les mêmes arguments que ceux dégagés par Hägerström dans sa réfutation du volontarisme que Hägerström considère comme le fondement propre du positivisme juridique. L'argument central de Olivecrona est qu'il ne peut y avoir d'autorité juridique compétente indépendante du système juridique et donc antérieure au droit lui-même.

Si le pouvoir *de facto* constitue la source du droit (c'est ce que soutiennent Bentham et Austin, puisqu'ils font du droit l'expression de la volonté de ceux qui détiennent le pouvoir réel dans une société), Olivecrona répond qu'aucun pouvoir ne peut fonctionner sans être organisé et il ajoute :

l'organisation implique /.../ qu'il y ait un ensemble de règles que les membres de l'organisation se sentent tenus de suivre et suivent effectivement avec plus ou moins de cohérence

ce qui veut dire que le pouvoir requiert le « droit ». Dès lors, conclut Olivecrona, le système juridique vaut comme la condition sans laquelle l'œuvre du législateur se révélera inefficace.

Olivecrona aboutit à des conclusions semblables en ce qui concerne ces conceptions selon lesquelles la source du droit réside dans l'État et le peuple. L'État, comme toutes les autres organisations, présuppose le droit, ce que l'on peut vérifier en remarquant que « l'État apparaît historiquement bien après le droit » (Olivecrona prend l'exemple du droit coutumier qui a pris forme bien avant que ne naisse le droit écrit). De même, le peuple ne crée du droit qu'au travers de ses représentants, mais aucun représentant ne peut exister sans une organisation, c'est-à-dire, sans règles ou sans droit. Manifestement, il n'existe pas une autorité juridique compétente indépendante du droit ou le précédant, le droit ne peut pas être considéré comme l'ensemble des commandements ou déclarations de volonté de n'importe quelle autorité. De plus, la théorie volontariste considère que des normes sont dans l'ensemble des commandements mais – explique Olivecrona, continuant de développer certaines intuitions de Hägerström – des commandements requièrent toujours une relation de face-à-face entre deux sujets et cette relation n'existe tout simplement pas dans le cas des normes juridiques.

Même avec beaucoup d'imagination, le législateur ne pourrait pas s'imaginer que toutes les normes en vigueur sont le résultat de ses commandements : ces normes étaient en vigueur avant que le législateur n'entre en fonction et elles continueront de l'être après sa mort ; pas davantage le législateur ne connaît le contenu de toutes les normes en vigueur à chaque instant. Alors qui commande réellement ? Apparemment personne.

Mieux, dans le cas des normes, on ne peut déterminer clairement non pas même leurs auteurs mais également leurs destinataires parce que c'est le propre des normes que d'être générales, ce qui revient à dire que les normes s'adressent à une généralité de personnes. La forme impérative des normes est ce qui égare la théorie volontariste dans une croyance que tout le droit est commandement, mais la forme impérative ne s'attache pas seulement au commandement. Selon Olivecrona, on trouve de multiples phrases (ou, plus largement, de multiples signes) qui sont destinées à influencer le comportement et qui revêtent une forme impérative et cependant toutes ne portent pas avec elles la relation directe qui caractérise les commandements. Olivecrona utilise alors l'expression de « commandements autonomes » (*independent imperatives*) pour indiquer le mélange de signes qui exercent une fonction directive (de prohibition ou de permission) sans pour autant établir une relation entre deux personnes.

Le pouvoir de suggestion commun aux commandements autonomes trouve son origine dans une attitude de respect à l'égard de certaines conventions : le commandement autonome est une sorte de commandement qui, selon certai-

nes circonstances prend effet automatiquement dans la conscience des individus comme forgé en quelque sorte par le conditionnement social et éducatif.

Un des principaux éléments susceptibles de rendre compte du pouvoir que les commandements autonomes exercent sur notre comportement est l'idée qui se forme petit à petit en nous selon laquelle il existerait un devoir objectif. Le mot « devoir » (*duty*) ne correspond pas à une chose concrète (Olivecrona suit Hägerström sur ce point également) mais notre croyance dans l'existence d'un devoir comme entité objective – comme une qualité réelle de certains comportements – est devenue le mécanisme psychologique essentiel grâce auquel les normes fonctionnent et la société s'y soumet.

En définitive, pour ce qui concerne l'apport critique de sa théorie, Olivecrona donne la réplique à Hägerström et en vient à poser deux thèses : premièrement, il n'existe pas d'autorité juridique compétente indépendante de la structure et de l'organisation juridiques ; deuxièmement : les normes juridiques ne sont pas des commandements.

La part constructive de la théorie de Olivecrona n'a, de son propre aveu, « pas d'autre intention que de décrire et d'analyser des faits ».

Mais *Law as Fact* est en réalité beaucoup plus novateur car c'est là que Olivecrona tente de trouver une solution à la question que Hägerström a laissée irrésolue ; à savoir, comme Olivecrona le dit lui-même dans son essai : « si des normes ne peuvent pas être définies comme les commandements d'une autorité suprême, alors que sont-elles ? ».

Olivecrona appréhende les normes comme des représentations imaginaires d'actions et de situations ; plus précisément, les normes sont des représentations d'actions que le législateur veut voir accomplir par les gens (les citoyens, les juges) dès que certaines conditions sont réunies : elles sont des modèles de comportement.

Les lois tirent leur efficacité du « sens général de respect que des individus éprouvent à l'égard de la Constitution et de leurs habitudes d'obéissance à son égard ». Parmi les individus, il existe un complexe d'idées relatives aux procédures par lesquelles certaines personnes sont investies des plus hautes fonctions (comme les chefs d'État, les ministres, les membres du parlement, etc) et relatives également à la façon dont ces personnes investies de ces fonctions doivent accomplir certaines activités.

Cette attitude est telle que lorsque des officiels se conforment à certaines formalités, l'ensemble des citoyens se comporteront en conséquence. Les destinataires de ces normes sont déjà prêts à agir d'une certaine façon : il suffit de leur dire laquelle et ils le feront, pourvu que cet ordre emprunte les formes appropriées, c'est-à-dire les formes prévues à cet effet par la Constitution.

Se conformer aux formalités posées par la Constitution produit les effets ainsi décrits parce que les juges et les citoyens ont une prédisposition à respecter et adhérer à la Constitution. Pour expliquer l'origine de cette déférence, nous pouvons remonter d'une Constitution à celle historiquement précédente, mais afin de ne pas se perdre dans un processus régressif infini, nous devons affronter la question de savoir comment la toute première Constitution est née, ce qui n'est rien d'autre que la question, posée en termes historiques, de savoir comment le droit acquiert une force contraignante.

À cette fin, Olivecrona s'appuie sur les études menées par Hägerström et par des romanistes italiens tels que De Francisci et Orestano, afin d'identifier l'origine de ce respect dans les expériences magico-religieuses qui se sont développées dans la Rome antique quand aucune distinction n'existait entre le *fas* et le *jus*, entre la loi religieuse et la loi juridique. Les individus vivaient dans un ordre religieux : chaque acte et chaque comportement était empreint de sacré et était appréhendé comme revêtu d'une signification surnaturelle qui dépassait largement ce que la finalité pratique de l'acte ou du comportement en question était censée accomplir. Dans ces conditions, la signification de certains actes et comportements en vint à prendre l'aspect d'un devoir objectif, un caractère absolu d'obligation qui coïncide avec la notion de « normativité ».

La mystique a perdu de son lustre et a disparu, mais la force contraignante est restée vive grâce au processus de conditionnement mis en mouvement par la forte pression psychologique que la machine juridique exerce.

Olivecrona compare le mécanisme de fabrication du droit à une centrale électrique qui exploite le flot d'un torrent. La centrale transforme en courant électrique la force d'écoulement de l'eau et distribue aux territoires environnants l'énergie ainsi générée. La moindre ligne électrique tient lieu de la moindre loi promulguée conformément à la Constitution : chaque acte législatif correspond à la dérivation d'une nouvelle ligne électrique à partir de la centrale électrique.

Les diverses lois promulguées sont les moyens par lesquels on maintient une certaine division de la propriété, on pourvoit aux besoins des plus âgés et des malades, on éduque les plus jeunes, etc.

Ainsi, l'aptitude à faire des lois efficaces résulte de l'attitude générale parmi la population eu égard à la Constitution, cette attitude étant la source immédiate du « pouvoir » de faire la loi des législateurs. Ils sont dans la position de conférer à un texte la qualité de loi aux yeux du public ; quand ce texte est devenu une loi, il appartient à un grand corps de règles exigeant le respect de tous.

Ayant défini la notion de norme et rendu compte de sa force contraignante, Olivecrona se tourne vers la fonction que les normes exercent dans la société. Comme on l'a noté, Olivecrona voit les normes comme des représentations impératives d'actions et de situations, où la forme impérative est telle que les

normes déterminent des comportements. Ainsi, de ce point de vue, le langage juridique est un langage directif (*directive*). Dans ce langage, certains mots sont utilisés, tels que devoir (*duty*) ou droits (*rights*), qui n'ont aucun référent sémantique dans la mesure où n'existe aucun phénomène dans l'espace et le temps répondant à de tels mots.

Hägerström explique l'origine de telles notions en les rattachant à des phénomènes magiques et psychologiques, et Lundstedt, le plus radical des réalistes scandinaves, suggère que nous nous en débarrassions ou encore les place entre guillemets pour souligner l'usage purement instrumental qu'il en fait. À cet égard, dans l'un des travaux les plus connus de Lundstedt – *Legal Thinking Revised* – est affirmée l'idée que nous devrions nous garder d'employer de tels mots comme « droits », « devoir », et « obligation » même comme des moyens expressifs ou des labels si nous recherchons une terminologie qui sonne scientifiquement, mais parce qu'il s'avère impossible d'extirper ces termes de la terminologie courante, les juristes, afin de prévenir les malentendus, doivent les placer entre guillemets. À l'opposé, Olivecrona soutient clairement que, quelle que soit l'origine de ces notions, elles se sont si fortement incrustées dans l'esprit des individus et dans la machine juridique que nous ne pouvons nous en passer. Et Olivecrona de nous encourager à les utiliser et les justifier à l'intérieur d'une structure réaliste pour montrer qu'elles remplissent une fonction indispensable.

Par exemple, le concept de droits – dépourvu de référent sémantique, on l'a vu – remplit une telle fonction, une fonction d'information qui ressemble à maints égards à celle que remplit le feu de signalisation à une intersection : la fonction en question est de signaler une autorisation pour le titulaire d'un droit (feu vert) et une absence d'autorisation pour l'autre sujet (feu rouge). Ce qui signifie, relativement à une chose donnée, que le titulaire d'un droit peut adopter un certain comportement que les autres sujets se voient au contraire interdit d'adopter.

Après tout, des cas semblables apparaissent aussi dans le langage ordinaire, dans lequel des mots qui n'ont aucun référent sémantique sont utilisés tous les jours avec des effets pratiques de grande importance. Un cas exemplaire est celui des unités monétaires (comme la *livre sterling*, le *dollar* et l'*euro*) : certainement, ces noms ne correspondent pas à la pièce de monnaie ni au billet qui portent sur eux les mots *livre sterling*, *dollar* ou *euro*. Dans le passé, sous l'empire de l'étalon-or, il pouvait être justifié de penser que le mot servant à désigner une unité monétaire avait comme référent sémantique un certain montant d'or, mais aujourd'hui les mots *livre sterling*, *dollar* et *euro* sont utilisés conformément à des règles conventionnelles strictement définies et, sur ce fondement, elles exercent une fonction importante dans la vie économique et sociale.

Pour rendre possible une fonction d'information de ce genre, le vocabulaire ou la phraséologie utilisée n'ont pas besoin d'avoir un référent sémantique : ce

qui importe, plutôt, c'est que les individus aient l'habitude de recevoir les signes en question d'une façon uniforme et cohérente et que les mêmes signes soient employés conformément aux règles d'usage largement reconnues. Le langage juridique, conclut Olivecrona, est un langage qui a la capacité d'influencer le comportement et il est utilisé comme un instrument du contrôle social. Ces

“termes vides” sont comme des panneaux de signalisation auxquels les individus ont appris à associer des idées concernant leur propre comportement et celui des autres.

Ainsi, Olivecrona ébauche une théorie qui peut être définie comme réaliste et normativiste. Réaliste, en tant qu'elle retient que les notions de norme, de devoir, de droits, etc. ne désignent rien en dehors des limites de la réalité empirique : elles ne désignent pas un monde du devoir-être (comme Hägerström le dit, soutenir le contraire, à savoir qu'il existe un monde du devoir-être, est aussi stupide que de penser que le monde lui-même repose sur le dos d'un éléphant) ; ces notions sont plutôt la marque de phénomènes psychiques et sociaux qui appartiennent au monde de l'être. D'un autre côté, la théorie est normativiste parce que, à la différence du réalisme plus radical (par exemple, le réalisme américain), elle reconnaît une importance fondamentale à l'idée de norme. Si, comme on l'a souligné, les normes juridiques émanent d'un phénomène largement psychologique et socialement pertinent, elles ne sont pas réductibles aux comportements par lesquels elles sont mises en œuvre : les normes juridiques valides sont la cause, les comportements des destinataires les effets. En d'autres termes, Olivecrona ne dissout pas la validité dans l'efficacité : la validité est la condition permettant aux normes de devenir effectives et d'influencer ainsi le comportement. En adoptant cette double approche, Olivecrona replace la spécificité normative du droit dans une conception plus large de la réalité à la fois empiriste et moniste.

Olivecrona considère cette théorie réaliste comme une alternative à la théorie du droit naturel et au positivisme juridique. En effet, Olivecrona estime que le positivisme juridique, limité à la négation de la théorie du droit naturel, est une branche du droit naturel lui-même. La notion de loi comme volonté est vue comme un héritage de la tradition du droit naturel : en d'autres termes, la théorie du droit naturel et le positivisme juridique sont tous deux subsumables sous une seule étiquette qui est le volontarisme.

Olivecrona avance que les pères du positivisme juridique ont peut être renoncé au droit naturel, mais ils ont pleinement accueilli le concept de loi comme volonté et développé son appareil conceptuel. Olivecrona observe de même que la définition du positivisme juridique confond deux significations différentes : d'un côté, il y a le sens traditionnel selon lequel le *positivisme* dérive du *jus positum* et c'est la notion de loi comme volonté ; de l'autre, il y a la signification philosophique général du positivisme en tant qu'orientation empirique opposée aux spéculations métaphysiques et fondée sur l'observation des phénomènes que seule l'expérience révèle.

Mais si cette seconde signification a quelque poids, le positivisme juridique ne peut à proprement parler être qualifié de *positivisme* : c'est un nom mal approprié pour une théorie dont le seul objet est la forme des lois et non leur réalité empirique. Alf Ross appelle cela le quasi-positivisme et lui reconnaît un caractère positiviste, au second sens du mot positivisme, tandis que le réalisme est une connaissance pleinement scientifique du droit.

Nonobstant cette querelle terminologique, il convient de mettre en évidence ici ce que les réalistes cherchent à souligner : quand le positivisme juridique prétend être une théorie scientifique du droit, il avance l'idée que les normes sont des entités assez différentes des phénomènes sociaux (les deux sont hétérogènes) et par cette affirmation, il redouble la réalité, introduisant à côté du monde empirique un monde du devoir-être supposé. À l'opposé, le réalisme juridique comprend les normes comme des phénomènes socio-psychologiques et donc, ontologiquement, comme une réalité appartenant à la même réalité que celle des faits empiriques : en ce sens, ils appellent le réalisme le vrai positivisme.

*Traduit de l'anglais
par Pierre Brunet.*

Bibliographie

Axel HÄGERSTRÖM, 1908 : *Das Prinzip der Wissenschaft : eine logischerkenntnistheoretische Untersuchung*. Uppsala : Almqvist & Wiksell.

Anders Vilhem LUNDSTEDT, 1956 : *Legal Thinking Revised: My Views On Law*. Stockholm : Almqvist & Wiksell.

Karl OLIVECRONA, 1939 : *Law as Fact*. 1ère éd. Copenhague-Londres : Munksgaard.

—, 1971 : *Law as Fact*. 2nde éd. Londres : Stevens & Sons.

Carla Faralli*

Law as Fact

Based on a non-cognitivist meta-ethical position and an anti-subjectivist concept of “reality”, Hägerström questioned the pretension of traditional legal theory, especially legal positivism, to be a science of law, because the entities to which it refers are not real. Olivecrona succeeded in pursuing such a thesis while he tempered it. Taking a socio-psychological approach, he offered a realistic theory of law which is able to emphasize psychical and linguistic phenomena lying at the root of our ideas of rights and duties, which determine what functions they serve in society and how they affect our conduct.

Keywords: independent imperatives, social behaviour, rights, duty, meta-ethics, norm, legal science, epistemology, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross

The title of my paper connects up immediately with Karl Olivecrona and his work *Law as Fact*. The second edition of it, dating to 1971, brings Olivecrona’s reflection on law to a conclusion and, more important, constitutes the most successful attempt at working out a systematic theory of law from a realist point of view.

As Olivecrona himself points out in a recently published memoir, the starting point of his reflection on the problems of legal theory was Axel Hägerström, the “venerated and beloved master”. Olivecrona feels indebted to him because he inspired an approach to legal studies, in a way that “would not have been possible without the basis provided by his speculative thinking”. In the words of Olivecrona,

Hägerström had shattered the old conceptual framework but did little to replace it with something new; in contrast, Lundstedt thought that, with his theory of social welfare, he had grounded the scientific study of law on a new foundation. But this theory [– Olivecrona says –] convinced me only so much, and in addition didn’t take on the problems I was concerned with. I needed to know in the first place what in effect legal norms are: Hägerström had shown that they cannot be defined as the commands of a supreme authority or as declarations of its will; how, then, was a legal norm to be defined?

Thus, to address the question what the Scandinavian realists understand the law to be, we will follow the lead of Olivecrona and turn in the first instance to the fountainhead of Scandinavian realism, Hägerström. His research – encompassing religion, morals, psychology, political science, and legal philosophy – is

* carla.faralli@unibo.it | Professor at the University of Bologna.

notably framed by the so-called “reality thesis” (worked out beginning with *Das Prinzip der Wissenschaft*, Uppsala, 1908). Briefly stated, this thesis, set against epistemological subjectivism, and the idealist philosophy it characterizes, consists in affirming the dualism of subject and object and in the appreciation that in the cognitive act the cognizing subjects come in contact with an object, a reality other than themselves, and not with a change occurring in their conscience.

In Hägerström’s opinion, when we follow through on the subjectivist stance we stumble into a contradiction as follows: if, as the subjectivists claim, all objects are known by representation, knowledge will consist in coming to know a state of consciousness, but then these states themselves will be known only by representation, and so on without end. We fall into a vicious circle, and the subjectivists attempt to wriggle out of it by assuming that we perceive our states of consciousness instantaneously, without mediation. But here, by the admission that the subjects can come in contact with something other than themselves (their states of consciousness), we have already leaped from the subject to the object, for which reason every cognitive act can be said to effect a linkup between the subject and the object, whether this object is a state of consciousness or any other thing. By the acknowledgement that the conscience necessarily enters into a relation with something other than itself (with objects), and that what is immediately known is not the conscience, but reality itself, the Copernican counterrevolution is brought to completion. Hägerström sets it opposite to Kant’s Copernican revolution and says that, following this last, several philosophers began to understand reality as a product of the very act of thinking. By gainsaying subjectivism, Hägerström lays the groundwork for a new concept of reality. We can say what reality is only by invoking the principle of non-contradiction, the foundation not only of thought, but of reality itself. On this principle, reality consists in what is determinate, or identical with itself. For it would be absurd to aver that we know an x which is indeterminate and not identical with itself: determinacy and self-identity are what make something an object, distinguish it from other objects, and make it a possible object of cognitive activity. At the same time, all that is determinate must of necessity belong to a wider context, next to which there cannot be another: this wider context is the space–time dimension.

Hägerström maps out this context proceeding from some Cartesian and Kantian echoes: the conscious subject will take cognizance of his own existence and will become distinct from others only by the determinate point he occupies in space and time. Thus, if individual conscious beings belong to the world of sensory experience, and if the space–time context is the condition without which they cannot exist and think, then all other contexts will have to be understood relative to the context of space and time, and will cease to be determinate if they turn out to be inconsistent with it.

In summary, the reality thesis can be said to emerge from three defining points as follows: what is real is determinate, namely, identical with itself and not contradictory; there is a context of reality beyond which no other contexts are conceivable; this context is the space–time context.

Proceeding upon these premises, Hägerström stages in all fields – philosophical, moral, and juridical – an attack against metaphysics, which in his opinion is chiefly founded on subjectivism and is consequent upon it. It was Hägerström’s intention to wage battle against metaphysics not only in its most explicit form, in philosophical systems of various kinds, but also in the forms it takes in non-systematic as well as scientific thought, wherein Hägerström understands metaphysics to be any combination of words whose epistemological status cannot be determined with certainty by the person who pronounces those words.

This commitment against metaphysics – which Hägerström encapsulates in the dictum *praeterea censeo metaphysicam esse delendam* – is meant, in the words of Hägerström, to “cut through the fog of words that are born by feelings and associations, and so proceed from sounds to things”.

Hägerström transfers the reality thesis to the study of morals and law and applies it here for an accurate restatement of the concepts occurring in these fields: these concepts are parsed and disarticulated in an effort to match them to corresponding facts.

In the scheme of Hägerström’s ontology, values, duties, and rights are unreal, on a par with contradictory concepts (e.g., the square circle) and with purely spiritual entities (e.g., God).

On Hägerström’s view, values are no more than the expression of a pleasing or displeasing feeling the subject feels in association with the idea of an object. If we as subjects were indifferent to the world around us, objects would empty of all valence, such that we could continue to consider them as objects of knowledge, but could no longer judge them to be good or bad: “good” and “bad” cannot convey meaning to us when attributed to an object if not insofar as that object elicits pleasure or displeasure in us. Value is not a quality appertaining to an object, because the notion of value proves devoid of meaning without an attendant feeling of pleasure or displeasure. Value can partake of any reality only as the content of an emotive experience, but this experience concerns only the subject from the inside and cannot be placed in the space–time context.

Otherwise stated, the words “good” and “bad”, and kindred expressions of value, do not indicate a quality of objects, but an emotive or, better yet, an emotional reaction of the subject.

It follows from this that value judgments are not judgments proper, with which we affirm or deny something about reality, but are rather pseudo-judgments, such as can be neither true nor false.

Proceeding upon the premise that only what is real, in the sense of belonging directly to the space–time context, can be an object of knowledge, and that only what can be an object of knowledge can be an object of scientific research, Hägerström denies moral philosophy the status of a science. He does so on the grounds that the sentences used in moral philosophy are noncognitive sentences, for they pertain to values and these last are not real entities. A moral science is possible not as a science *of* morals, but as a science *about* morals. If moral philosophy is to attain a scientific standing, it will have to shift its focus, and undertake to provide psychological, anthropological, and sociological descriptions and accounts of moral evaluations as they factually exist or have existed in determinate cultures, and among determinate peoples, in space and time.

It is Hägerström's view that the line of reasoning applicable to values holds true for the ought as well. If, when faced with an ought, we take up the attitude of mere spectators before ourselves, and probe inside, we will discover only a sentiment of dutifulness arising in connection with a certain action: that is, we will observe a constructive impulse to act upon the idea of a given behavior.

We will therefore discover a string of psychological events, but not the ought itself.

To expand on this point, Hägerström compares the state of mind of the person feeling a sense of duty with the state of mind of the person receiving a command.

A fundamental difference intervenes between the two situations: when a command is issued, there is an actual relationship between the command-giver and the command-taker that does not exist in the case of duty; again, a feeling of constriction or bindingness arises in the addressee faced with duty and commands alike, but with the sense of duty this feeling assumes the guise of an objective quality inherent in the action. This different perception occurs, according to Hägerström, when the commands undergo a transformation process and become impersonal. From very early on in life, we become subject to a copious flow of commands and prohibitions issued by parents, teachers, society, religious authority, and so on. In other words, a certain degree of joint action occurs in society with different authorities prohibiting or commanding roughly the same actions. From this emerges the idea of a system of kinds of conduct, positive or negative, that must be engaged in for their own sake, in that they seem to possess a binding force of their own, a sort of objective quality – which is precisely the ought – integral to the same actions.

Like value judgments, sentences about duty appear in the form of judgments, and like all true judgments they seem to presuppose the reality of what the judgment is about, but the words *duty* and *value* say nothing when they figure as predicates of judgments. The sentence “This is my duty” is not a judgment proper: it is a pseudo-judgment, because what it rests upon is not a real

quality or entity called “duty”, but an association between a feeling of constriction experienced by the subject speaking these words and the idea of a certain action.

This analysis of duty bears a logical connection with the analysis which Hägerström conducts on the idea of a right, even if the discussion here is more fragmentary.

When we speak of the right to property, Hägerström says by way of example, we believe we are using an expression whose meaning is plain for all to see: even children at play contending for a toy seem to be perfectly aware that one thing belongs to one child and the other to another; but if we attempt to determine the facts, and so the reality answering to this right, we will run into considerable trouble. When someone has a right of property over something, the real datum answering to that right would seem to be the fact that the state uses its power to guarantee a certain protection. But on a closer analysis it will turn out that the state’s protection never proves equal to the idea of the right to property, because what the state actually does is merely to offer a possibility for property-owners to claim what they have been dispossessed of, whereas property seems to us to be a right to the thing itself, and so a right not to have that thing abstracted from us by anyone, and this stronger guarantee no state can make good.

In reality Hägerström fashions the idea of a right into the idea of a duty: a right is our right to have others do their duty. From this it follows, in the same way as with duty, that we cannot pinpoint the reality answering to the idea of a right.

Consistently with the critical analysis just outlined, Hägerström questions the pretension of traditional legal theory, especially legal positivism, to be a science of law, since the rights and duties which it refers to as objective entities have actually no traffic with reality.

The impact of Hägerström’s criticism on the theory and science of law – recall that Hägerström trained and worked, not as a jurist, but as a philosopher – was mainly to be had through the works of his jurist students, namely, Vilhelm Lundstedt, Alf Ross, and foremost Karl Olivecrona. Even so, some lines of research for a scientific grasp of legal concepts were pursued by Hägerström himself, and others still trace to his reality thesis as well as to the conclusions he reached on moral philosophy. As noted, on the one hand Hägerström subscribes to the thesis whereby only what belongs to the space–time context can be an object of knowledge, and on the other hand he comes to the conclusion by which a moral science is possible only as a science *about* morals, meaning a science that sets out to provide psychological, sociological, and historical accounts of the moral evaluations of single individuals and peoples specified in time and space.

Accordingly, anyone looking to inquire scientifically into the law can do so, not in the manner of traditional legal science, which conceives of rights and duties as objective entities, but taking different angles: for example, he can enter into a historical investigation, aimed at tracing the origin of different ideas of rights and duties (this is the avenue that Hägerström in particular followed: in his monumental inquiry into the concept of obligation in ancient Roman law as well as his essays on ancient Greek law and natural law); or we can take a sociopsychological approach, and hence seek out the psychical and linguistic phenomena lying at the root of our ideas of rights and duties and determine what functions they serve in society and how they affect our conduct (this avenue was followed in particular by Olivecrona, who by his own admission developed some suggestions of Hägerström's and built on the results reached by Hägerström to work out a realist theory of law).

The critical part of Olivecrona's theory rests on the same arguments that Hägerström lines out in his polemic against voluntarism, which Hägerström considers the foundation of legal positivism in particular. The keynote of Olivecrona's arguments is that there can be no lawgiving authority independent of the legal system, and so anterior to law itself.

If *de facto* power is said to constitute the source of law (Bentham and Austin, for example, hold with this view, since they make out the law to be the expressions of will of those who wield actual power in society), Olivecrona will retort that no power can function unless it is organized, and "organization implies /.../ that there is a set of rules which the members of the organization feel bound to follow and actually follow more or less consistently": that is, power requires "law". Hence, Olivecrona concludes, the legal system stands as the antecedent and condition without which the lawmaker's work would prove ineffectual.

Olivecrona comes at similar conclusions with regard to those conceptions under which the source of law lies in the state and the people. The state, like all other organizations, presupposes the law, a claim supported by the consideration that "the state makes its appearance in history much later than the law" (customary law, Olivecrona points out by way of example, took shape long before statutory law ever came into existence). Similarly, the people lay down the law through their representatives, but no such representatives can exist without an organization, that is, without rules, or law. Plainly, there does not exist a lawgiving authority independent of law and prior to it, the law cannot be considered the set of any authority's commands or of its declarations of will. Further, the voluntaristic theory views norms by and large as commands, but – Olivecrona argues, again developing some intuitions of Hägerström's – commands always require a face-to-face relationship between two subjects, and this relationship simply does not exist in the case of legal norms.

By no stretch of the imagination can the lawmaker be thought to fancy that all the norms in force are the issue of his commands: these norms were in force before the lawmaker took office and will continue to be in force even after he dies; nor does the lawmaker know the content of all norms in force at any one time. So who is it that actually commands? Apparently no one.

Further, in the case of norms, not only the issuers, but also the addressees of commands cannot clearly be determined, because it is in the very nature of norms to be general, meaning that norms turn to a generality of persons. The imperative form of norms is what misleads the voluntaristic theory into believing that all law is command, but the imperative form does not attach to commands only. According to Olivecrona, several statements (or signs, taking the broader view) that are meant to influence behavior occur in the imperative form and yet do not carry with them the direct relationship distinctive to commands. Olivecrona uses the expression *independent imperatives* to indicate the medley of signs that serve a directive function (of prohibition or permission) without entailing a person-to-person relationship.

The power of suggestion that independent imperatives share in stems from a preexisting attitude of respect for certain conventions: the independent imperative is a sort of abstract command that, given certain circumstances, takes effect automatically in the individual's conscience as forged in certain ways by education and social conditioning.

One chief element accounting for the power of independent imperatives to influence behavior is the sense of objective duty that comes to form gradually within us. True enough, the word *duty* does not correspond to any concrete thing (Olivecrona follows Hägerström on this point too), but our belief in the existence of duty as an objective entity – as a real quality of certain behaviors – has become a key psychological mechanism enabling norms to function and society to endure.

To conclude, for the critical part of his theory, Olivecrona takes his cue from Hägerström and proceeds upon two main assumptions: first, there exists no lawgiving authority independent of a legal structure and organization; second, legal norms are not commands.

The constructive part of Olivecrona's theory is, by his very account, "not intended to be anything more than a description and an analysis of facts".

But *Law as Fact* is actually most innovative in just this part, for it is here that Olivecrona attempts a solution to the question which Hägerström leaves unanswered; namely, as Olivecrona says in his memoir, "if norms cannot be defined as the commands of a supreme authority, what then are they?"

Olivecrona understands norms to be imaginary representations of actions and situations; specifically, norms are representations of actions the lawmaker

wants to see people (citizens or judges) perform whenever certain conditions occur: they are patterns of behavior.

Laws owe their efficacy to the “people’s general sense of reverence for the constitution and their settled habit of obedience to it”. Among all peoples there exists a complex of ideas about the procedures by which certain persons take the highest offices (as heads of state, ministers, members of parliament, etc.) and about the ways the persons holding these offices are to perform certain activities.

This attitude is such that when the officials use certain formalities, the citizenry will behave in certain ways in consequence. The addressees of these norms are already primed to act in certain ways: it suffices to tell them which way and they will do so, provided this request takes the appropriate forms, meaning the forms set forth in the constitution.

Using the formalities set forth in the constitution produces the effects described, this because the judges and the citizens have a predisposition to revere and hold by the constitution. To explain the origin of our deference to the constitution we can trace one constitution to the one that came before it historically, but in order not to lapse into an endless process, we will have to take up the problem how the very first constitution arose, which is none other than the problem, framed from a historical perspective, of accounting for the way the law comes to have a binding force.

To this end, Olivecrona draws on the Romanist studies done by Hägerström, and by Italian historians of Roman law like De Francisci and Orestano, to trace the origin of this reverence back to the magical-religious experiences that developed in archaic Rome, when no distinction marked off *fas* from *jus*, religious law from juridical law. The people lived in a religious setting: each act and each behavior was imbued with sacredness and was experienced as having a supernatural meaning which would advance well beyond the compass of the practical end the act or behavior in question was indented to achieve. This way, the meaning of certain acts and behaviors came to take on a cachet of objective dutifulness, a sense of bindingness that coincides with the notion of “normativeness”.

The mystique has waned and vanished, but the binding force has remained in place through the conditioning process set in motion by the heavy psychological pressure the legal machine exerts.

Olivecrona compares the lawmaking mechanism to a power plant exploiting the flow of a watercourse. The plant transforms into electric current the power of running water and distributes to the environing territory the energy so generated. The single power lines stand for the single laws enacted under the constitution: each lawmaking act corresponds to the derivation of a new power line from the hydroelectric plant.

The various laws enacted are the means wherewith people are brought to rein in dangerous elements, maintain a certain division of property, look after the elderly and the sick, educate the youth, and suchlike.

Thus the ability to make laws with practical effect results from the general attitude among the population with regard to the constitution, this attitude being the immediate source of the law-making 'power' of the legislators. They are in a position to invest a text with the quality of law, in the eye of the public; when it has become a law, it belongs to a great body of rules commanding universal respect.

Having defined the notion of a norm and accounted for its binding force, Olivecrona turns to the function that norms serve in society. As noted, Olivecrona understands norms to be imperative representations of actions and situations, where the imperative form is such that the norms can exert influence on behaviors. Thus, on this view, legal language is directive language. In this language words are used, such as *duty* or *right*, that have no semantic referent, in that there exists no phenomenon in space and time answering to such words.

Hägerström explains the origin of such notions by relating them to magical and psychological phenomena, and Lundstedt, the most radical of the Scandinavian realists, suggests that we rid ourselves of them altogether, or else enclose them in quotation marks to underscore their instrumental use. More to the point – in *Legal Thinking Revised*, one Lundstedt's best-known works – we find it stated that we should be enjoined from using such words as *right*, *duty*, and *obligation* even as expressive means or labels, if we are aiming for a scientifically sound terminology, but because it will prove impossible to uproot these words from current terminology, the jurists, to prevent misunderstandings, should enclose them within quotation marks. In contrast, Olivecrona makes it clear that whatever origin these notions have, they have become so well entrenched in the popular mind and in the legal machinery that we cannot do without them. Thus Olivecrona endeavors to reuse and justify them within a realist framework and to show that they serve an indispensable function.

For example, the concept of a right – devoid, as noted, of semantic referents – serves one such function, an informative function very much like that served by a traffic light at an intersection: the function in question, to signal an allowance for the right-holder (green light) and a disallowance for all other subjects (red light). That is, relative to a given good, the right-holder can hold a certain behaviour which all other subjects are instead prohibited from holding.

After all, similar cases, occur in ordinary language, too, in which words that have no semantic referent are used daily with practical effects of great moment. A case in point is monetary units (as the pound sterling, the dollar, and the euro): surely, these do not correspond to the piece of paper or the coin which bears the words *sterling*, *dollar*, or *euro*. In the past, under the gold standard, it

may have been justified to think that the word for a monetary unit took as its semantic referent a certain amount of gold, but today the words *pound sterling*, *dollar*, and *euro* are used in accordance with strictly defined conventional rules, and on this basis they serve an important function in economic and social life.

To make possible an informative function of this kind, the vocabulary or phrasings used needn't have a specific semantic referent: what matters, rather, is that people be in the habit of receiving the signs in question in a consistently uniform manner and that the same signs be employed in accordance with widely recognized rules of usage. Legal language, Olivecrona concludes, is a language that has the capacity to influence behaviour and serves as an instrument of social control. Its "'hollow' words are like signposts with which people have been taught to associate ideas concerning their own behaviour and that of others".

Thus Olivecrona blocks out a theory that can be described as realist and normativistic at the same time. The realism of it lies in the view that the notions of a norm, duty, right, and the like do not designate anything outside the bounds of empirical reality: they do not designate a world of ought (as Hägerström says, to assume otherwise, that there exists a world of ought, is every bit as silly as to hold that the world itself rests on an elephant's back); they rather mark out psychological and social phenomena that belong to the world of is. On the other hand, the theory is normativistic because, unlike the more radical version of realism (notably, American realism), it takes into account the fundamental role played by the idea of norm. If, as has been pointed out, legal norms issue from a widespread psychological and socially relevant phenomenon, they do not equate with the behaviours by which they are brought into operation: valid legal norms are the cause, their addressees' behaviors the effect. Hence, it must be stressed here, Olivecrona does not collapse validity into efficacy: validity is the condition enabling norms to become effective and so influence behavior. By taking this twofold approach, Olivecrona retains the normative specificity of law within a wider empirical and monistic conception of reality.

Olivecrona considers this realist theory alternative to natural-law theory and to legal positivism. Indeed legal positivism, born by the negation of natural-law theory, is considered by him to be an offshoot of natural law itself. The notion of law as will is seen as traceable to the natural-law tradition: in other words, natural-law theory and legal positivism are brought together under one label which is voluntarism.

Olivecrona argues that the fathers of legal positivism may have jettisoned natural law, but they welcomed in full the concept of law as will and developed its conceptual apparatus. Olivecrona observes as well that the definition of legal positivism overlaps two meanings: on the one hand is the traditional understanding in which *positivism* derives from *jus positum*, and this is the notion

of law as will; on the other hand there is the general philosophical meaning of positivism as an empirical orientation contrary to metaphysical speculation and founded on the observation of the phenomena that experience reveals.

But if this second meaning has any weight, legal positivism cannot properly be called *positivism*: a misnomer for a theory whose only concern is the form of laws, not their empirical reality. Alf Ross calls it quasi-positivism and credits it with a positivistic character, in the second meaning of *positivism*, whereas realism is full scientific knowledge of law.

This terminological quarreling notwithstanding, it bears pointing out here what the realists intend to underline: when legal positivism purposes to be a scientific theory of law, it proceeds on the assumption that norms are entities quite unlike social phenomena (the two are heterogeneous) and by this assumption duplicates reality, introducing next to the empirical world a supposed world of ought. In contrast, legal realism understands norms as sociopsychological phenomena and so as a reality ontologically lined up with the reality of empirical facts: in this sense they call realism true positivism.

References

- Axel HÄGERSTRÖM, 1908: *Das Prinzip der Wissenschaft: eine logischerkenntnistheoretische Untersuchung*. Uppsala: Almqvist & Wiksell.
- Anders Vilhem LUNDSTEDT, 1956: *Legal Thinking Revised: My Views On Law*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- Karl OLIVECRONA, 1939: *Law as Fact*. 1st ed. Copenhagen-London: Munksgaard.
- , 1971: *Law as Fact*. 2nd ed. London: Stevens & Sons.

*Synopsis***Carla Faralli****Le droit comme fait**

SLO. | *Pravo kot dejstvo*. Na podlagi ne-kognitivističnega metaetiškega stališča in ne-subjektivističnega pojma »stvarnosti« je Hägerström pod vprašaj postavil trditev tradicionalne pravne teorije, posebno pravnega pozitivizma, da gre za znanost o pravu. Problematično naj bi bilo to, da entitete, na katere tradicionalna pravna teorija sklicuje, niso del stvarnosti. Olivecrona je uspel to tezo nadalje razviti, pri čemer pa jo je tudi omehčal. S tem ko je zavzel družbeno-psihološki pristop, je ponudil realistično teorijo prava, sposobno izpostaviti psihološke in jezikovne pojave, ki se nahajajo v jedru naših predstav o pravicah in dolžnostih, ki določajo čemu služijo v družbi in kako zadevajo naše obnašanje.

Ključne besede: neodvisni imperativi, družbeno ravnanje, pravice, obveznosti, meta-etika, norme, pravna znanost, epistemologija, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross

ENG. | Based on a non-cognitivist meta-ethical position and an anti-subjectivist concept of "reality", Hägerström questioned the pretension of traditional legal theory, especially legal positivism, to be a science of law, because the entities to which it refers are not real. Olivecrona succeeded in pursuing such a thesis while he tempered it. Taking a socio-psychological approach, he offered a realistic theory of law which is able to emphasize psychical and linguistic phenomena lying at the root of our ideas of rights and duties, which determine what functions they serve in society and how they affect our conduct.

Keywords: independent imperatives, social behaviour, rights, duty, meta-ethics, norm, legal science, epistemology, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross

Carla Faralli is a Professor of Law at the University of Bologna and Director of the *Centro interdipartimentale di ricerca in storia del diritto, filosofia e sociologia del diritto e informatica giuridica «A. Gaudenzi e G. Fassó»* (CIRSFID). | Address: University of Bologna, CIRSFID, Via Galliera 3, 40121 Bologna, Italy. E-mail: carla.faralli@unibo.it.