

Pierre Brunet, Eric Millard & Jérémy Mercier (dir.)

LE RÉALISME SCANDINAVE DANS TOUS SES ÉTATS

journal for constitutional theory and philosophy of law

revus

revija za ustavno teorijo in filozofijo prava
revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit

Ljubljana, 2014

CIP – Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

340.12(082)

Le RÉALISME scandinave dans tous ses états / Pierre Brunet,
Eric Millard & Jérémy Mercier (dir.). - Ljubljana : Klub Revus :
IUS Software, 2014. – (Revus : revija za ustavno teorijo
in filozofijo prava, ISSN 1581–7652 ; 24)

ISBN 978-961-247-296-2 (IUS Software)

1. Brunet, Pierre
277100544

TABLE DES MATIÈRES

Dans ce volume, il y a des textes en français, en anglais et en slovène.
Pour les résumés en anglais, voir les pages 209–217.

Pierre Brunet

- 5** Introduction : le réalisme scandinave, une épistémologie

Alf Ross

- 9** Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit
Compte rendu de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934)

Henrik Palmer Olsen

- 35** Ross ou la validité comme pratique sociale efficace
Commentaire de Alf Ross, Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit

Carla Faralli

- 45** Le droit comme fait

Carla Faralli

- 57** Law as Fact

Henrik Palmer Olsen

- 69** Prédiction et interprétation du droit

- Éric Millard
81 **Réalisme scandinave, Réalisme américain**
 Un essai de caractérisation
- Riccardo Guastini
99 **Les juges créent-ils du droit ?**
 Les idées de Alf Ross
- Guillaume Tusseau
115 **La théorie des normes de compétence d'Alf Ross**
- Guillaume Tusseau
141 **Teorija pristojnostnih norm Alfa Rossa**
- Jakob v. H. Holtermann
165 **Naturalizing Alf Ross's Legal Realism**
 A Philosophical Reconstruction
- Pierre Brunet
187 **Le « positivisme » français dans la lumière du Nord**
 Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française
- 209** **RÉSUMÉS ET PRÉSENTATIONS DES AUTEURS EN ANGLAIS**

Introduction : le réalisme scandinave, une épistémologie

En dépit de la littérature relativement abondante à son sujet, quelle que soit la langue dans laquelle on pratique la théorie du droit (laquelle, pour le bonheur du plus grand nombre, ne se limite pas à l'anglais), le réalisme scandinave reste assez mal connu. On n'en retient bien souvent que quelques bribes : lutte contre la métaphysique, empirisme, démystification, idéologie des juges, faits, fictions, prédictions... On ne manque pas non plus de rappeler quelques critiques, plus ou moins sévères, qui lui ont été adressées dans le passé. Certaines d'ailleurs ne manquaient pas d'humour. On se souvient de ce mot d'esprit de Kocourek : « There are various kinds of realism in philosophy and in jurisprudence. The particular type of realism supported by Hägerström, Lundstedt, and now Lunau, may, to borrow from the fine arts, be called 'surrealism' ».¹ Max Radin lui faisait écho qui, dans sa recension de la première édition de *Law as Fact* de Olivecrona, jugeait que : « To insist that men do right in the legal sense only because they consciously or unconsciously fear that they will go to jail unless they do so, is, after all, on the same level as the doctrine that benevolence is an inverted selfishness and that the agonies of martyrs are fully compensated by their masochistic delight in their sufferings ».²

On admettra avec eux que les premières affirmations des Réalistes scandinaves pouvaient paraître, à l'origine, d'une formulation un peu rugueuse et dépourvues de nuances. Axel Hägerström avait lui-même, en ce domaine, fait la démonstration de ce que la subtilité allait parfois de pair avec une certaine mauvaise foi.³

La contribution de Carla Faralli fournit cependant une excellente illustration des ambitions qu'a pu faire naître le discours anti-philosophique de Hägerström ainsi que des outils conceptuels qu'il a su léguer à ses élèves dont principalement Olivecrona et Ross. L'enjeu, rappelons-le, était de contester tant la théorie

1 Kocourek (1940 : 637–640 ; ici 638). Il ajoutait : « We have always referred to the view of one of the acutest of our legal scholars, Bingham, who tells us that law is purely phenomenal. If there is any important fundamental difference between Bingham and Lundstedt, we must confess we do not see it. »

2 Radin (1940 : 507–508).

3 Ainsi dans sa longue et très critique recension de la *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen, Hägerström évoquait largement les *Hauptprobleme* de 1911 mais la lecture qu'il en faisait n'était ni toujours très pertinente ni très charitable. V. Hägerström (1953 : chap. IV, 257 s.) C'est d'ailleurs ainsi que l'avait jugée Hart dans le compte rendu qu'il a consacré au recueil d'articles de Hägerström édité par C.D. Broad, Hart (1955 : 369–373).

positiviste des sources du droit que la conception jusnaturaliste classique faisant du droit positif le prolongement d'une morale propre à la nature humaine. Cette critique des sources constitue le point de départ de toutes les réflexions des réalistes et demeure une constante chez eux. C'est en cherchant à comprendre notre propre compréhension du droit qu'ils en viennent à explorer la dimension socio-psychologique et linguistique du phénomène juridique. On comprend qu'ils puissent dès lors apparaître, comme le suggère Jakob Holterman à partir de Ross, comme des précurseurs du programme de naturalisation de l'épistémologie que Quine a lancé à partir des années 50.

Tout comme Olivecrona de son côté, Ross tendait à voir la législation, les coutumes ou les précédents comme un ensemble de facteurs qui exercent une influence sur la formulation de la norme par les juges mais non comme l'unique élément de détermination de leur attitude. Cette dimension socio-psychologique n'est pas non plus absente de la réinterprétation du concept de normes de compétence chez Ross que propose Guillaume Tusseau qui voit ces dernières comme des rationalisations de prédispositions des destinataires et Ross comme un précurseur du postpositivisme.

On mesure alors tout ce qui rapproche *prima facie* les réalistes scandinaves des réalistes nord-américains. Mais comme le souligne avec force Eric Millard, au-delà d'un même attachement à cette dimension socio-psychologique, les réalistes scandinaves défendaient un programme épistémologique autrement plus structuré et plus rigoureux. Leur « réalisme » ne pouvait et ne saurait être vu comme une simple méthode susceptible de convenir à toute approche du droit.

Cela ne signifie pas que ce programme est exempt de toute critique ni qu'il a parfaitement réussi. Ainsi, Henrik Palmer Olsen montre clairement que la théorie du pronostic de Ross était incompatible avec sa théorie des sources du droit et de l'interprétation. Et si elle se comprend très bien au regard du contexte dans lequel elle est élaborée – réduire autant que possible la validité à des éléments empiriques – elle est un échec en ce qu'elle ne fournit pas à la recherche juridique les concepts qui lui sont nécessaires.

Par ailleurs, sous son aspect tranchant et à l'époque novateur, la thèse d'une création initiale du droit par les juges dont on sait qu'elle est devenue, avec la critique du concept de « droits », le signe de reconnaissance des réalistes et à laquelle Ross a su attacher son nom de façon définitive, n'est pas toujours aussi claire qu'on le croit. Riccardo Guastini en souligne les ambiguïtés et s'emploie à en exposer les variantes ainsi que les contradictions tout comme les insuffisances.

À cet égard, et comme le soulignent plusieurs contributions, le terme « réalisme » est peut-être parfois mal choisi ou du moins est-il source de malentendu. Ainsi, du côté des juristes français, ceux qui se réclamaient du réalisme au nom d'une approche sociologique du droit étaient-ils beaucoup moins réalistes

qu'ils ne l'imaginaient, alors que les partisans d'une conception positiviste plus formaliste pouvaient au contraire rejoindre – sans le savoir – certaines des positions défendues par les juristes scandinaves.

On ne saurait conclure cette introduction sans un mot à l'égard du texte avec lequel s'ouvre ce numéro et qui nous ramène au point de départ. Ross y discute avec une grande précision l'épistémologie de Kelsen. S'il reconnaît que la science du droit doit se distinguer de la dogmatique juridique, il amorce la critique que ses écrits ultérieurs ne cesseront d'approfondir : une science pure du droit ne saurait être une science et la description des normes ne saurait emprunter une forme propositionnelle identique à la norme juridique elle-même car les normes ne sont pas une forme particulière de cognition pas plus que leur validité ne saurait être objet d'une connaissance spécifique quelconque. Connaître, c'est connaître des faits. Et les instruments de cette connaissance doivent eux aussi relever du monde des faits. On sait que la critique a fini par porter ses fruits car Kelsen renoncera par la suite à son premier concept de norme juridique comme un jugement hypothétique sans renoncer pour autant à son concept de « *Rechtssatz* ». À dire vrai, si le réalisme scandinave, en tant que mouvement, n'existe plus guère (ou du moins pas en Scandinavie), l'influence de Ross et la place considérable qu'il occupe dans la théorie du droit contemporaine ne cessent de faire l'objet d'une réévaluation bien évidemment méritée.⁴

Pierre Brunet,

*professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,
Directeur de l'UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit
et membre junior de l'Institut Universitaire de France*

Bibliographie

- Svein ENG, 2011 : Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris* (2011) 2. 194–246.
- Axel HÄGERSTRÖM, 1953 : Kelsen's Theory of Law and State (1925). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Pref. Karl Olivecrona ; transl. par C. D. Broad. Uppsala & Wiesbaden : Almqvist och Wiksell.
- H.L.A. HART, 1955 : Review of *Inquiries into the Nature of Law and Morals* by Axel Hägerström. *Philosophy* (1955) 115. 369–373.

- Albert KOCOUREK, 1940 : Review of Heinz Lunau, *Illusions et réalités dans la politique internationale de paix*. *Illinois Law Review* (1940). 637–640.
- Enrico PATTARO, 2009 : From Hägerström to Ross and Hart. *Ratio Juris* (2009) 4. 532–548.
- Max RADIN, 1940 : Review of *Law as Fact* by Karl Olivecrona. *Harvard Law Review* (1940) 53. 507–508.

4 V. Pattaro 2009 et Eng 2011.

Alf Ross[†]

Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit

Compte rendu de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934)*

Dans ce texte de 1936, inédit en français, le théoricien du droit danois Alf Ross rend compte de la parution de la première édition de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen. C'est l'occasion pour lui de souligner à la fois tout ce que la théorie du droit moderne doit au normativisme, mais aussi les profondes différences de conception dans le camp positiviste entre la conception idéelle des normes de Kelsen et le programme empiriste dont se réclament les réalistes scandinaves, dans la lignée d'Hägerström. Antérieur aux grands écrits accessibles de Ross, qui vont marquer un tournant vers le positivisme logique, ce texte constitue un témoignage important pour la compréhension du débat réalisme-normativisme.

Mots-clés : réalisme juridique, normativisme, validité, empirisme

1 INTRODUCTION

[304] Cela fait 25 ans cette année que Hans Kelsen a publié les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* et a ainsi acquis une autorité qui – quoi qu'on en dise – doit être considérée comme un moment clé dans l'histoire de la théorie du droit.

Plus que n'importe quelle autre œuvre dans l'histoire moderne de la théorie du droit, les *Hauptprobleme* de Kelsen ont pu alimenter nos rêves et nos passions, et ont engendré disciples acharnés et opposants fanatiques. Kelsen a à la fois créé une tradition et suscité l'opposition, allant parfois jusqu'à la haine.

Ce courant né à Vienne il y a 25 ans s'est répandu dans le monde civilisé. Des traductions des travaux de Kelsen ont été faites en français, anglais, italien, serbe, grec moderne, roumain, japonais, espagnol, tchèque, hongrois, et

[†] 1899–1979 | Juriste et philosophe du droit, il fut professeur émérite à l'Université de Copenhague.

* Ce texte de Alf Ross est paru en danois dans Ross (1936 : 304–331). La pagination originale a été conservée entre crochets. Henrik Palmer Olsen, dont on lira ci-après le commentaire, pp. 37–45, a redécouvert ce texte et en a fait une traduction en anglais, parue dans Ross (2011 : 243–272). La présente traduction en français a été faite à partir de la traduction anglaise de H. Palmer Olsen par Alyssa King et Laura Petersell (CTAD, Université Paris Ouest Nanterre La Défense), et on s'est attaché dans les deux traductions à conserver le style, parfois daté, du texte original. Cette version a été revue par les professeurs Eric Millard (CTAD, Université Paris Ouest Nanterre La Défense) et Henrik Palmer Olsen (Université de Copenhague).

polonais. Une bibliographie des œuvres concernant la *Théorie Pure du Droit*, qui accompagne la publication recensée, contient presque 70 pages. La liste des œuvres de Kelsen occupe 8 de ces 70 pages.

Même sans mesurer la science au poids, une telle masse de travail ne peut être ignorée. Pourtant la tendance ici, dans les pays scandinaves, veut que nous nous estimions souvent au-dessus de la « *Spekulation* » allemande.

Mais, autant il est certain qu'une certaine réserve à l'égard de cette théorie témoigne d'une mentalité scientifique saine et réaliste, autant il serait incompatible avec cet esprit scientifique de ne pas [305] ressentir une admiration purement intellectuelle pour ce travail de toute une vie, travail auquel Kelsen a donné naissance grâce à un amour passionné pour la vérité, renforcé par une précision exceptionnelle, et une volonté intrépide de cohérence.

Un monument de rare dimension a été créé ici. L'histoire n'a pas encore rendu son verdict final, mais une chose est sûre : dans une période d'impasse, où la science du droit risquait de tomber dans un positivisme étriqué, l'œuvre de Kelsen fut une incitation à un regain d'intérêt pour les problèmes fondamentaux de la théorie de droit.

1.1 Un Monument ?

Bien que le livre dont on discute ici ait été publié il y a deux ans, il présente les marques d'un texte qui couronnera une œuvre et définira une époque. La quintessence mûre et bien équilibrée des grandes œuvres de Kelsen en théorie du droit est ici concentrée en 150 petites pages. Nous avons le sentiment que l'auteur a éprouvé un besoin urgent de donner, dans un aperçu, une synthèse finale de l'idée fondamentale de la *Théorie Pure du Droit*, sans polémique, sans inconvénients littéraires, dans des mots simples et clairs. Cette impression d'addition et conclusion est renforcée par la bibliographie déjà citée, qui suit la proposition brève comme un impressionnant supplément.

Ce n'est probablement pas sans une certaine fierté que Kelsen, mis au ban, excommunié, et contraint à l'exil, a créé ce monument. Hélas il n'est pas rare qu'un tel édifice, une fois conçu, ne renvoie que vers ce qui est achevé et passé.

On n'y échappe pas totalement ici. Mais heureusement, nous pouvons encore espérer de futurs travaux de la main féconde de Kelsen : pourtant ce ne sera probablement rien d'essentiellement nouveau. Cela tient au fait que le travail de Kelsen constitue véritablement un *Système* distinct.

Les idées de Kelsen ne se sont pas développées par étapes. Avec une maturité étonnante, Kelsen a tracé les lignes directrices de son système entier dans son ouvrage antérieur consacré aux *Hauptprobleme*. Depuis sa publication, certaines idées ont été entièrement [306] reprises et approfondies pour corriger certains défauts. Mais, de la fondation essentielle de sa théorie, rien n'a changé

et rien ne pourrait être changé sans dissoudre la structure entière. Le monument entier repose sur un nombre limité d'idées forces, portées par une cohérence exceptionnelle. De cela découlent la force et la faiblesse du système.

Sa force parce qu'il repose sur des principes méthodologiques clairs, qui contrairement à la philosophie populaire et invertébrée de la théorie du droit traditionnelle, ont pu introduire clarté et simplicité, et dès lors établir un point de départ ferme pour les discussions scientifiques ; mais aussi sa faiblesse parce que, comme tout autre système, il est contraint par ses paramètres et ainsi ne peut pas se prêter de manière flexible aux développements. Jusqu'à maintenant tout système philosophique a dû déclarer forfait face à la diversité et à la complexité des problèmes.

Cela semble devoir être le destin de tels systèmes, que, dans le combat pour leur survie, ils soient forcés d'accepter de nombreux points, de manière douteuse, éliminant la simplicité qui était la *raison d'être* et faisait l'attrait du système à son origine, et qui, inéluctablement, vont déchirer le système même. Il est probable que le système de Kelsen ne vaille pas mieux que les autres.

Pourtant, dans les limites du système, la théorie de Kelsen s'est considérablement développée durant les 25 dernières années. Kelsen a créé une école, dont il n'est jamais devenu le maître. En professeur vraiment remarquable, il possède le talent rare de stimuler et de donner les impulsions, tout en gardant l'esprit ouvert aux influences d'autres que lui.

Le système de la *Théorie Pure du Droit*, tel qu'il existe actuellement, contient des composants essentiels venant de la coopération fructueuse entre Kelsen et d'autres chercheurs qu'il a, dans un premier temps, influencés. Par exemple, la théorie de la hiérarchie des normes est inspirée d'Adolf Merkl, et sur plusieurs points, sa doctrine du droit international a été influencée par Verdross. De plus, j'oserais ajouter que mon propre travail sur la théorie des sources du droit n'a pas été sans influence sur la manière dont Kelsen aborde ce sujet dans le présent livre.

Dans ce qui suit, je ne prétends pas fournir une analyse et une critique complète du système [307] doctrinal de Kelsen.¹ Dans ce court essai, je vais me restreindre à exposer les grandes lignes d'une évaluation du système dans son ensemble, une appréciation de l'œuvre donc, au travers du regard de quelqu'un qui doit beaucoup à Kelsen pour le développement de son analyse, et qui n'est donc pas dépourvu d'une compréhension sympathique de l'œuvre ; mais de

1 Une contribution à la critique de la *Théorie pure du droit* se trouve dans mes travaux antérieurs, surtout dans : Ross (1929 : Ch. X, num. 9 & 10 ; ch. XII, num. 4 ; Ch. XVI, num. 3 & 4 et Ch. XIII, num. 3 & 4) ; Ross (1933 : 51 et s.) ; Ross (1934 : Ch. III, num. 4 ; Ch. V, num. 7 & Ch. VII, num. 1) [sur la bibliographie de Ross, voir Ross (2004 : 15-21 « Notice bibliographique »). *N.d.T.*].

quelqu'un qui s'est aussi progressivement détaché du « système » lui-même et qui, dès lors, ne manque pas de la distance nécessaire à une analyse critique.

1.2 Que veut dire la « pureté du droit » ?

Le fil conducteur de la théorie du droit de Kelsen, le leitmotiv qui traverse l'œuvre jusque dans ses moindres recoins est l'idée de pureté du droit, c'est-à-dire l'idée d'une science juridique libre de toute idéologie politique et de tout élément des sciences de la nature, et donc certaine de ses propres particularité et régularité. Kelsen était convaincu qu'il ne serait possible de hisser la science du droit au niveau de la vraie science et donc d'aller au plus près de son idéal d'objectivité et d'exactitude qu'à condition de faire de l'épistémologie du droit – et non de la création ou de l'évolution du droit – l'objectif de la science juridique. De là découlent différents éléments que je vais maintenant essayer de délimiter.

L'exigence de pureté se fait à deux niveaux. Premièrement, elle se fait *vis-à-vis* de toute idéologie politique ; c'est-à-dire que la science juridique comme science objective devrait être dirigée vers une compréhension du droit tel qu'il se présente dans son contexte historique et empirique, comme droit positif. Toute tentative d'interprétation ou de légitimation du droit par référence à des valeurs supérieures au droit positif, par lesquelles il serait plus ou moins assimilé à une idéologie extérieure [au droit] doit dès lors être rejetée.

Ainsi l'indépendance et la pureté du droit sont maintenues *vis-à-vis* de la moralité, du droit naturel, de la justice, ou [308] de toute autre idée extérieure au droit positif lui-même. L'objet de la science juridique est le droit, et non pas ce qui devrait être d'un point de vue évaluatif. Toute tentative d'absorption d'éléments idéaux dans la détermination de la nature du droit conduirait, d'une manière ou d'une autre, à une confusion du savoir objectif et de l'évaluation pratique ; à une falsification de l'objectivité du droit par une idéalisation ; et finalement à l'invasion de la sphère de la connaissance scientifique par l'expression de l'idéologie politique.

Le postulat de base exprimé par cette exigence de pureté est donc que le droit, en tant qu'objet de la science juridique, est le *droit positif* comme réalité déterminée par son contexte historique et social.

Ensuite, l'exigence de pureté s'attaque à tous les éléments d'une science de la nature. Ici, l'idée est que même si le droit est un phénomène social, il se différencie des actes sociaux eux-mêmes, même pris dans leur réalité matérielle et par cohérence avec d'autres actes sociaux.

Si on choisit d'analyser un cas que l'on considère être du droit (ou juridique), par exemple un acte parlementaire, un acte administratif, une décision de justice (un jugement), un contrat ou une infraction, on doit distinguer deux choses : la première chose est un acte qui se produit dans un temps et un espace

donné, un événement extérieur, un acte humain ; la seconde chose est le sens immanent ou attaché à cet acte, c'est-à-dire une certaine signification.

Dans un hémicycle, des gens sont réunis, font des discours, certains se levant de leurs sièges, d'autres restant assis. Voilà l'événement extérieur. Son sens spécial ou sa signification juridique est qu'une loi vient d'être adoptée par le Parlement. Du haut d'une estrade, un homme vêtu d'une toge adresse certains mots aux personnes devant lui. Cet événement extérieur a la signification juridique d'une décision de justice (un jugement). Et ainsi de suite...

Le caractère juridique du phénomène n'est en aucun cas l'événement extérieur, l'acte réel en soi, mais le sens que cet acte acquiert quand il est compris selon un schéma d'interprétation normatif. Ce schéma est le droit positif. C'est seulement quand les actes sociaux sont liés à la signification du droit ou au système normatif du droit, qu'ils acquièrent leur signification caractéristique comme juridique.

Dès lors, la science du droit n'est pas une théorie sociale mais la cognition normative, la doctrine. Ceci est très clairement expliqué par Kelsen lorsqu'il dit [309] que toute connaissance juridique s'appréhende dans une autre forme de compréhension que la connaissance des choses factuelles, la nature. La forme juridique de la pensée est le « Sollen », la forme pour la connaissance de la nature est le « Sein ».

Il en résulte que le but de la connaissance juridique est d'exprimer une substance normative, dans les formes du « Sollen », et que toute tentative d'adoption d'éléments empruntés aux réalités naturelles signifierait une distorsion du droit comme pure idéologie, une confusion de la science du droit avec la psychologie et la sociologie.

Le postulat de base, tel qu'exprimé dans cette interprétation de l'idée de pureté du droit, est l'idée que le droit est le droit positif qui, bien que socialement conditionné, n'est pas le social en lui-même, mais un *Ordre* ; un ordre de normes valides, non pas valides de manière absolue, bien que ce soit exprimé par la même catégorie fondamentale que pour la validité morale, par la catégorie fondamentale du « Sollen ».

L'exigence de pureté dans cette double dimension peut dès lors être exprimée comme le postulat que l'objet de la science juridique est le *droit positif* ; ce qui renvoie à la même conception de l'essence du droit que celle qui est exposée par le positivisme juridique traditionnel. Kelsen a simplement tiré les dernières conséquences de ce postulat et a ainsi indirectement tracé le chemin d'une évaluation critique.

Je vais maintenant essayer de procéder à une telle évaluation de l'exigence de pureté dans ses deux dimensions et mettre en avant les conséquences de cha-

cune quant à la conception de Kelsen de la tâche et de la méthode de la science juridique qui découle de son idée fondamentale de pureté du droit.

2 L'EXIGENCE DE PURETÉ OPPOSÉE A TOUS LES ÉLÉMENTS DES SCIENCES DE LA NATURE, C'EST-À-DIRE À LA PSYCHOLOGIE ET LA SOCIOLOGIE

La prétention de Kelsen que le droit comme pur « Sollen » (la validité) est en contradiction parfaite avec tout « Sein » (la réalité) vient du postulat fondamental que le droit positif est fait de *propositions*. C'est la tâche de la science juridique d'exposer ces propositions, c'est-à-dire d'exposer la signification normative spéciale qu'elles contiennent.

Ce ne sont pas les actes sociaux, mais les significations idéales [310] qu'ils expriment, qui constituent l'objet de la science juridique.

Ce postulat de base selon lequel le droit positif existe sous forme de propositions ou normes rejoint la conception de la doctrine juridique classique. Cette conception suppose elle aussi que la substance qui intéresse la science juridique est un ensemble de propositions juridiques, et que la tâche de cette science juridique est d'interpréter ces propositions de manière systématique aux fins de créer un ordre de signification ; un ordre qui se révélera dans la matière donnée, élément après élément.

L'interprétation systématique n'est pas comprise seulement comme un arrangement convenable de règles juridiques isolées, mais aussi comme une démonstration de leur cohérence mutuelle, et comme le fait de compléter la matière donnée incomplète, en harmonie avec les principes de base qu'elle contient.

Pourtant, à partir de ce postulat, nous devrions inéluctablement arriver au contraste absolu de Kelsen entre « Sollen » et « Sein » ; selon leur propre définition, car les propositions du droit ne traitent pas selon leur propre signification immanente des faits observables mais établissent ce qui est requis d'un point de vue normatif, ou valide. Elles expriment, comme l'expose Kelsen, un « Sollen » (une validité) et non pas un « Sein » (une réalité).

De cette perception du droit comme propositions normatives, nous sommes nécessairement conduits aux enseignements de Kelsen sur la « Grundnorm » ou *norme fondamentale*. La validité d'une proposition normative ne peut jamais être déduite d'un fait, mais uniquement d'une autre norme. Afin de fournir la validité de propositions juridiques, nous sommes obligés de remonter d'une norme à l'autre, jusqu'à ce que la plus haute norme soit atteinte, la *norme fondamentale*, dont la validité ne peut elle-même être dérivée d'aucune autre norme,

mais qui constitue la suprême et ultime proposition du système, la source de validité de toutes les autres normes comme droit.

2.1 Le droit consiste-t-il en des propositions ?

Le problème entier tourne par conséquent autour de ce point fondamental : est-il vrai que le droit consiste en des propositions ?

Dans un supplément à ce compte rendu, je vais examiner cette question plus en détails. Ici, je me restreindrai [311] – me référant à cet écrit et à mes critiques antérieures de la théorie de Kelsen – à résumer quelques-unes des objections importantes qui, selon moi, peuvent être formulées à l'encontre de la conception déjà mentionnée du caractère doctrinal du droit et de la science juridique.

Je crois d'une part avoir démontré que la séparation absolue faite par Kelsen entre le « Sollen » et le « Sein », et sa théorie de la norme fondamentale comme source hypothétique du droit sont impossibles à soutenir ; d'autre part, que le postulat sur le caractère doctrinal ou propositionnel sur laquelle ces théories reposent est faux.²

2.2 La norme fondamentale est le maillon faible

Il est impossible d'ignorer la réalité psychologique et sociale comme Kelsen tente constamment de le faire dans sa définition de ce qu'est le droit positif, et cela apparaît quand nous atteignons le moment de la détermination de ce qu'est la norme fondamentale.

Tant que nous restons dans les strates inférieures du système juridique, il est possible d'occulter le problème de la nature juridique de la norme, en se référant à une norme supérieure. Mais cette procédure ne peut plus être utilisée pour la norme fondamentale elle-même. Dans ce cas, la question de la relation entre le droit et la réalité devient inévitablement cuisante. Il est évident que la norme fondamentale qui soutient le système entier ne peut être choisie arbitrairement si on veut éviter de réduire le système entier à un non-sens.

Eu égard aux idées qui gouvernent réellement les évolutions de la société, la norme fondamentale doit être établie de façon à ce que le système juridique puisse être globalement concordant avec l'organisation sociale qui dans une société est reconnue et suivie comme étant le droit.

A ce stade, il est impossible pour Kelsen de ne pas appréhender la réalité psychosociale qu'il a tellement à cœur d'éviter. Pour déterminer le contenu de la norme fondamentale, Kelsen doit en même temps se fonder sur le droit positif, dont la nature de droit a d'abord été définie par référence à la norme fondamentale elle-même.

2 Voir note précédente.

Kelsen a proposé à plusieurs reprises différentes théories auxiliaires afin d'expliquer [312] comment effectuer cette comparaison sans entrer en conflit avec l'indépendance absolue du « Sein » et du « Sollen » alléguée. Ainsi, il s'est d'abord référé au principe dit « de la moindre dépense intellectuelle » de Mach (principe d'économie de pensée). Puis plus tard, afin de permettre une comparaison entre le « Sein » et le « Sollen », il a élaboré une position neutre entre ces deux façons de penser à partir de laquelle la comparaison peut être faite. Mais il est facile de montrer que ceci est une tentative désespérée de construction, inventée dans le seul but d'éviter les complications³ en question.

Pour Kelsen, la norme fondamentale a réellement pour fonction, une fois délimité ce qu'est le droit positif, d'exprimer la prétention du droit d'être quelque chose de plus qu'un simple système de pouvoir, c'est-à-dire un ordre *valide*. La norme fondamentale est la source primaire de laquelle la légitimité jaillit pour irriguer le système dans son entier.

2.3 La proposition du droit a-t-elle un sens ?

A mon avis, l'impossibilité de parvenir à une définition purement normative de l'essence du droit tient au fait que le postulat de cette définition – que le droit est constitué de propositions – est faux.

L'élément décisif dans cette conception est que l'on donne aux propositions du droit une signification objective qui peut être observée en elle-même, détachée des actes psychosociaux à travers lesquels elle est exprimée et perçue. Une analogie est faite entre les propositions juridiques et les propositions comme « $2 + 2 = 4$ », entre la science du droit et les mathématiques. On suppose que les propositions du droit, comme les propositions mathématiques, ont une signification objective absolue qui est différente et indépendante des actes de pensée et d'expérience, par lesquels la proposition en vient à être exprimée.

De cela, il est ensuite déduit que la science du droit n'a pas plus à voir que les mathématiques avec la psychologie (sociologie) : ces deux sciences sont entièrement préoccupées par la *signification* idéale de la proposition en question, mais non avec son fondement psychologique-réel (sociologique) [313]. Autrement dit, la science du droit n'a rien à voir avec les actes sociaux par lesquels on fait l'expérience du droit. Mais cette analogie même est fausse.

Dans un travail antérieur, j'ai tenté de montrer que les propositions normatives sur le devoir ou la valeur ne se réfèrent pas à un cas spécifique, mais peuvent seulement être considérées comme des expressions rationalisées de certains sentiments et attitudes subjectivement perçus. Dès lors, la proposition normative ne possède aucune signification qui peut la dépeindre indépendamment de la réalité psychologique vécue. Elle ne peut être « une pensée », dont

3 Cf. Ross (1929 : 261–262) ; Ross (1933 : 52–53) avec référence aux écrits ici visés.

la vérité ou la fausseté pourrait être testée indépendamment de son expérience psychologique.

Au contraire, la proposition normative peut seulement être observée dans son occurrence réelle comme phénomène psychophysique qui conduit à ce que s'expriment d'autres phénomènes psychophysiques (des sentiments et des attitudes). Mais ce « conduit à ce que s'expriment » n'a rien à voir avec la « signification » ; il signifie seulement que la proposition normative est considérée comme un fait, qui s'inscrit dans une relation causale factuelle avec d'autres phénomènes psychophysiques non immédiatement observables, mais dont l'expérience peut être déduite. Dans le supplément à ce compte rendu, mentionné précédemment, cette position sera développée, particulièrement au regard des propositions normatives juridiques.

Si cette conception des propositions normatives comme propositions rationalisées, qui simplement apparaissent logiques sans avoir aucune signification objective, est correcte, il résulte que toute tentative de concevoir le droit comme une signification qui pourrait être exprimée indépendamment de la réalité psychologique est impossible. Par conséquent, les propositions juridiques ne peuvent, à partir de leur contenu, être conçues comme des significations logiques, mais elles peuvent l'être, après avoir été réellement formulées, comme éléments réels d'une cohérence psychophysique plus grande.

La proposition juridique ne peut pas être appréhendée comme une pensée, mais seulement comme une partie réelle d'une véritable cohérence d'expériences.

2.4 Le droit est le phénomène juridique

J'ai exprimé cela en disant que le droit n'est pas une somme de propositions ou doctrines mais le *phénomène juridique* au sens de l'entière cohérence [314] psychosociale des attitudes de comportements sociaux et des formulations rationalisées dans lesquelles elles viennent à être exprimées. Cela signifie encore que la totalité de la réalité juridique peut faire l'objet de deux observations seulement relativement distinctes.

Soit on peut, comme sociologue du droit, s'intéresser à l'étude des lois psychologiques et sociologiques qui expliquent comment les attitudes directives du comportement naissent et se développent ; soit on peut, comme juriste, s'intéresser au contenu de l'idéologie rationalisée par laquelle ces attitudes de comportement trouvent leur expression. Mais il faut se rappeler que ces deux manières d'observer ne sont que des abstractions.

Dans sa réalité complète, le phénomène juridique peut être considéré seulement comme une unification de ces deux points de vue. La doctrine isolée est une abstraction qui flotte dans les airs. Si nous voulons aller au fond de ce

qu'est le droit et de ce qui est droit, nous devons inévitablement revenir aux fondements psychosociaux de l'idéologie juridique dans les attitudes de comportement réellement vécues.

2.5 L'exposition doctrinale n'est pas une science

Il résulte de ceci que la science du droit comme pure exposition doctrinale, c'est-à-dire comme simple reproduction de l'idéologie rationalisée, n'est pas une science. Il n'y a rien à apprendre des normes en tant que telles.

La vraie science du droit est la connaissance des normes, et non la connaissance dans les normes ; c'est à dire que le contenu scientifique des expositions doctrinales doit être réinterprété de telle manière qu'il ne soit plus perçu comme la connaissance du contenu normatif présent dans les propositions juridiques (droits et devoirs), mais comme la connaissance du fait que, au sein de la totalité du phénomène juridique, se produisent des rationalisations normatives de la formulation en question.

On pourra penser que cette lecture du caractère scientifique des expositions doctrinales est aussi pédante que sa justification est compliquée. Je pense toutefois que la conception correcte de l'essence de l'exposition doctrinale n'est pas sans importance comme fondement d'une critique constructive de sa méthode. Dans une section ultérieure, j'essaierai de démontrer comment la conception habituelle du contenu de l'épistémologie normative, que [315] Kelsen applique avec sa traditionnelle et inébranlable cohérence, l'a conduit à des résultats qui doivent être considérés comme contestables, dans son programme des tâches et méthodes de la science du droit.

2.6 La science du droit est une doctrine de l'Homme

L'idée de pureté, ici comprise comme l'exigence d'une séparation complète entre le droit et toute réalité psychosociale, doit dès lors être écartée.

Il paraît également évident et naturel que la science du droit doit, en définitive, être une doctrine de l'humain, c'est-à-dire une doctrine portant sur certains actes humains réels en société. Cela semble tellement naturel que la justification d'un tel constat apparaîtrait superflue et inutilement compliquée.

D'un côté, nous ne pouvons éviter le fait que, selon la conception classique, la science du droit n'est pas une doctrine du comportement humain mais une doctrine des droits et devoirs, c'est-à-dire de qualités qui, d'après leurs portées, diffèrent des conduites de fait.

Dans la conception de la tâche et de l'objet de la science du droit réside une ambiguïté fondamentale qui, je pense, peut être résolue seulement dans le sens dans lequel j'ai tenté de le faire à travers l'explication des propositions de droit comme des rationalisations et à travers la théorie du droit comme phénomène

juridique. Le contraste radical entre le droit (la validité) et la société (la réalité) doit être effacé. Il est seulement l'expression d'une certaine *abstraction scientifique préliminaire*. L'exposition doctrinale n'est qu'un *fragment*. En elle-même, ce n'est pas une science, mais seulement une partie d'une réflexion plus complète.

Finalement, une fois ses derniers postulats clarifiés, la science du droit n'est pas l'exposition doctrinale formulée normativement, mais une science de la réalité, une science de l'Homme et des motifs qui déterminent son comportement dans un certain contexte à caractère social.

Si l'on s'interroge sur la source de cette conception erronée du droit comme propositions et de la science du droit comme exposition doctrinale, alors il faut selon moi la rechercher dans l'illusion particulière d'objectivité que l'on trouve dans la conscience morale. J'ai essayé de démontrer [316] comment la raison morale d'une certaine ligne d'action se manifeste en pratique comme une nécessité naturelle, sous la forme d'une conscience illusoire de la validité pratique : un devoir ou une valeur pris comme un objet de connaissance coordonné avec la réalité.⁴ C'est précisément cette illusion pratique d'objectivité - cette objectivation fictive de l'expérience intime d'une restriction de nos inclinations libres d'agir - qui est transférée vers la conception des restrictions juridiques. Le « Sollen » de Kelsen est la catégorie commune de la validité pratique dans laquelle les substances du droit et de la morale sont conçues pour être exprimées.

Seulement, à la différence des théories idéalistes sur la substance du droit, Kelsen a vidé ce « Sollen » de tout contenu absolu et en a fait une pure forme abstraite de pensée. Ce qui reste est donc uniquement la *forme de validité-conscience, c'est-à-dire l'illusion de l'objectivité en tant que telle*.⁵

2.7 Kelsen défend l'exposition doctrinale

Alors que Kelsen dans le présent ouvrage s'est abstenu de toute critique d'autres conceptions, il y a une section dans laquelle il se prononce sur la possibilité de nier la signification normative, le « Sollen » qui, selon sa théorie, constitue la substance du droit.⁶

J'ai des raisons de penser que cette partie (écrite avant la publication de mes travaux sur la critique de la raison pratique) se réfère à des points de vue que j'ai eu l'occasion d'approfondir lors de débats personnels que j'ai eus avec Kelsen.

Kelsen montre une certaine accointance avec la revendication du caractère idéologique du droit, lorsqu'il écrit que la *Théorie Pure du Droit* a montré la voie pour pénétrer dans le caractère idéologique du droit en retirant tout caractère-valeur métaphysique au « Sollen » du droit positif ; également en le cantonnant

4 Voir Ross (1933 : en particulier 71 & 88 ; 161 & 430-431).

5 Cf. Ross (1934 : 67-68 & 1933 : Ch. XII, num. 6a).

6 Kelsen (1934 : particulièrement 3-37).

à l'expression de la liaison spécifique entre la condition et la conséquence de la proposition juridique.

Ce que Kelsen veut dire par là, c'est [317] qu'il ne considère pas le contenu normatif de la proposition juridique comme l'exigence absolue d'une certaine conduite (« tu ne dois pas voler ») ; mais plutôt comme l'expression d'une liaison fonctionnelle entre l'illégalité et la conséquence de l'illégalité (« si tu voles, tu dois être puni »). Il est sans doute exact qu'en tentant de formuler la norme comme un jugement hypothétique on tend à s'éloigner d'une conception purement normative du droit, dans le sens d'une conscience morale de la validité, et à faire de la norme l'expression de certaines liaisons d'actions sociales et fonctionnelles. Mais cette tentative ne va pas aboutir et va seulement faire perdurer le problème.

Le jugement hypothétique « si tu voles, tu seras puni (par le juge) » est en réalité autant une norme absolue pour le juge qu'une proposition juridique dite secondaire telle « Tu ne dois pas voler » l'est pour le citoyen. Il dit (au juge) : « tu dois infliger une punition à celui qui vole ».

Si nous voulions relativiser cette norme, ce serait sans fin. Car, que le comportement requis soit décrit d'une façon ou d'une autre, le caractère absolu de la requête elle-même ne change pas. Le caractère du jugement hypothétique est tout aussi absolu que la norme ayant un contenu immédiatement impératif.⁷

Par conséquent Kelsen affirme que si quelqu'un voulait priver la norme ou le « Sollen » de toute signification et réinterpréter les propositions juridiques comme des propositions portant sur de probables lignes d'action factuelles, cela s'opposerait à la signification immanente du droit.

Donc que dire « A est légalement obligé de verser 1000 couronnes à B » est très différent de dire qu'il y a véritablement une chance pour que A verse 1000 couronnes à B. Ou que dire « ce comportement est un crime et sera puni selon la loi » est très différent de dire : « celui qui agit ainsi va probablement être puni ». Le sens immanent (inhérent) qu'il y a dans ces propositions du droit, comme on les rencontre réellement dans la formulation donnée par le législateur dans des actes administratifs [*NDT* : *sic* !], et dans les contrats juridiques entre particuliers, ne peut pas être entendu comme une proposition concernant une potentielle action future. [318] Oui, Kelsen a sûrement raison à ce sujet.

La conception normative de la substance du droit est précisément fondée sur la signification, ou plutôt la prétendue signification par laquelle le droit apparaît à la conscience juridique. Ce sont ces prétentions immédiates que Kelsen a érigé en postulat épistémologique de la pensée scientifique du droit.

Mais reste la question de savoir si cette prétendue signification est une signification et si elle peut être reconnue sans plus de critique comme la forme

7 Cf. Ross (1934 : 69-70).

de cognition de la science juridique. A mon avis, la réponse à ces questions doit être négative.

Ici, il n'est nullement dit, comme certains l'ont cru, que la proposition juridique peut être interprétée comme une proposition indicative de ce qui interviendra (probablement) dans le futur. Ce serait comme ne pas prendre en compte l'intention de validité contenue dans la proposition juridique.

C'est comme si la théorie balançait entre deux extrêmes : soit le caractère juridique de la proposition juridique positive est affirmé, et alors le caractère normatif correspondant de la science juridique est inféré de cette affirmation (Kelsen) ; soit il est affirmé que la proposition juridique comme proposition scientifique porte sur un fait de réalité, et il doit être inféré de cela qu'il en va de même de la proposition positive ou doctrinale en tant que telle (Lundstedt).

Les deux affirmations sont correctes, mais les deux conclusions sont fausses puisqu'elles découlent toutes deux de la même fausse prémisse. La prémisse est que les propositions des droits positifs et les propositions de la science juridique ont une structure identique, que le droit et la science juridique sont au même niveau (quel que soit le côté où l'on situe le point de départ). Il est seulement possible de réunir la vérité à partir de chacun de ces deux points de vue en retirant cette prémisse fausse.

D'un côté, les formules du droit positif ont une intention normative ou une intention de « signification de validité », c'est-à-dire comme rationalisations de certaines expériences d'obligatorité avec un caractère de validité. D'un autre côté, la science juridique n'est pas en elle-même normative, mais est plutôt une science de la réalité, une connaissance du fait de ces rationalisations comme un élément du phénomène juridique.

Finalement, Kelsen se réfère au fait qu'en dépit de ce qu'on [319] peut penser du caractère normatif du droit d'un point de vue épistémologique critique, l'exposition doctrinale comme interprétation de la signification immanente du droit positif est impossible à abandonner. L'ancienneté de la science juridique le prouve déjà.

Tant qu'il y aura du droit, il y aura une doctrine qui servira le besoin intellectuel de ce type d'interprétation. Il est impossible de remplacer l'exposition doctrinale par une sociologie du droit parce que celle-ci traite de questions tout à fait différentes. Tant qu'il y aura du droit, il y aura une science du droit normative.

Sur ce point, je suis également d'accord avec Kelsen. Je ne partage pas non plus l'idée que l'exposition doctrinale classique doit disparaître pour être remplacée par la sociologie du droit. Ma seule revendication est que le point d'observation doctrinal soit compris comme une abstraction temporaire, et que ses propositions doivent être interprétées, pour les besoins d'une épistémologie

critique, de telle manière que le contenu normatif (la doctrine) ne soit pas vu comme un contenu de connaissance mais comme un fait, qui comme fragment d'un contexte de réalité plus large, est lui-même un objet de connaissance.

La réfutation de l'idée de norme comme forme particulière de cognition, et de la validité normative comme objet particulier de connaissance correspondant, ne conduit en aucun cas à l'exigence pratique que l'exposition doctrinale juridique classique devrait être abandonnée en raison de son inutilité scientifique. Mais elle conduit seulement à soumettre cette exposition doctrinale à une évaluation critico-cognitive et à une interprétation de cognition qui, si le point de départ est correct, sera sur des points essentiels d'une portée vitale pour la compréhension de la tâche et de la méthode de la science juridique.

Sur ce point précis que je vais maintenant examiner, je crois que la théorie de Kelsen mène à des résultats qui sont définitivement contraires à ce qu'est la vie et la substance réelle de la science du droit.

Dans un premier temps il est évident que la séparation radicale du droit et de la société, et la perception du droit comme un système de normes, mène inévitablement à une manière de penser les problèmes dans certaines parties du droit qui est *spécifique* et *coupée* des réalités. Par certaines parties du droit, j'entends ces endroits où l'idéologie normative est au contact le plus proche et le plus direct des faits, et où par conséquent le [320] caractère abstrait et incomplet d'une approche normative produit principalement ses effets.

Ici, je pense au *droit constitutionnel* où il est évident qu'une méthode d'observation purement formelle et normative serait inadéquate vis-à-vis des nombreux phénomènes prenant racine dans le jeu politique réel.

Il est bien connu que plusieurs constitutions se déclarent partiellement ou entièrement non modifiables, alors que précisément rien ne change et ne se développe au fil du temps davantage qu'une constitution. De la même manière, tout le droit s'appuyant sur la *coutume* est une formation qui ne peut pas se développer à partir de règles déjà données ; ce qui ne peut se réconcilier avec un système purement normatif.

Bien sûr, on peut avec un peu d'ingénuité arranger ces phénomènes juridiques pour qu'ils s'adaptent au système de Kelsen ; ceci se fait en présupposant l'introduction d'un principe laissant place à une référence aux faits eux-mêmes (Le principe d'efficacité – Prinzip der Effektivität).⁸ Mais il est évident qu'un principe normatif de ce type est une bouée de secours temporaire pour soutenir le système et pour contrebalancer l'imperfection du mode opératoire normatif.⁹

Pour des raisons similaires, la doctrine de Kelsen à propos du *droit international* et de sa relation avec le droit national est de nature logique et construc-

8 Kelsen (1934 : 73).

9 Cf. Ross (1929 : Ch. X, dont note 75 pour les références).

tive, et a l'air étonnement schématique et ténébreuse au regard du nombre d'éléments sociaux et politiques déterminants dans les questions de ce type.

De plus, la conception du droit comme une cohérence de significations dans des propositions, détachées du social et observées seulement du point de vue de la signification immanente des propositions, conduit nécessairement à exiger que le droit soit, pour la doctrine juridique, la seule proposition juridique, et non son but social : la *Théorie Pure du Droit* en reste au postulat qu'il est possible d'observer et de produire des propositions juridiques d'une façon systématique, déterminées seulement par leur signification logique et leur cohérence.

Mais ce postulat est faux et, ici, une des conséquences les plus importantes de la conception du droit comme [321] phénomène juridique est démontrée.

Puisque les propositions juridiques ne contiennent aucune signification (logique), même comme rationalisations, mais peuvent seulement être conçues comme des éléments factuels qui, comme expression de certaines *attitudes d'actions*, forment une partie d'un *large contexte social de réalité*, il en résulte que la cohérence entre ces expressions rationalisées *ne peut jamais être purement logique, mais doit être téléologique*, le lien se faisant par l'unité de leur but.

Ceci veut dire encore qu'une reproduction systématique du droit conçu comme propositions dont la signification peut être exprimée comme propositions indépendamment des conditions sociales qui les ont causées et du but social qui les justifie, est une impossibilité ou une fiction.

L'exposition doctrinale est seulement possible comme une partie intégrée d'une théorie sociale. Ne pas prendre cela en compte conduit nécessairement la science juridique vers un formalisme artificiel et fictif.

2.8 A quoi ressemblerait la science juridique pure de Kelsen ?

Il faut admettre que le dualisme radical entre le droit et la réalité comme point de départ pour concevoir la science juridique a conduit Kelsen à formuler des demandes qui, si elles étaient satisfaites, mèneraient à une caricature du positivisme ; un positivisme plus positif et plus superflu que le vrai positivisme ne l'a jamais été. Quel serait exactement le but d'une telle science juridique ? Une reproduction systématique des propositions du droit positif ?

Puisque Kelsen lui-même a réalisé l'impossibilité d'une interprétation scientifique,¹⁰ il ne peut y avoir dans sa théorie quelque chose comme une complétude interprétative du système, telle celle que même le positivisme le plus strict a compris jusqu'à présent comme étant sa tâche.

10 Kelsen (1934 : 98).

Je ne peux voir comment une science juridique réalisée suivant la méthode de Kelsen pourrait arriver à autre chose qu'à une répétition vaine des propositions du droit positif lui-même. Une répétition qui serait d'autant plus superflue que le droit positif est lui-même organisé et codifié.

Je pense que nous pouvons sans risque dire que durant les 25 années qui se sont écoulées depuis que la *Théorie Pure* [322] *du Droit* est apparue, aucun de ses partisans n'a, comme juriste professionnel, mis en pratique une science juridique qui réalise les idées de la Théorie pure.

3 L'IDÉE DE PURETÉ FACE À N'IMPORTE QUELLE IDÉOLOGIE POLITIQUE

De ce point de vue, l'idée de pureté est d'une nature tout à fait différente de celle que nous venons d'examiner.

La demande que la science juridique comme science objective reconnaisse son objet en tant que tel, sans essayer de redéfinir ce qui est donné en fonction de certains intérêts ou idées politiques n'est évidemment pas un principe de cognition spécifique à la science juridique. Cela exprime l'idée commune à toute science comme objective et comme cognition honnête. Mais il y a peut-être une raison particulière d'insister sur cette idée et sur sa portée précisément pour la science juridique.

Dans la préface, Kelsen insiste à juste titre sur le fait que l'idée de pureté dans le sens d'une cognition politiquement neutre a été reconnue bien plus tôt dans les sciences de la nature que dans les sciences sociales. Non parce que les sciences de la nature elles-mêmes seraient à l'abri de toute exploitation politique ; mais plutôt parce qu'un grand intérêt social est lié à leur développement véritable, à savoir l'intérêt dans le progrès technique, qui est apparemment conditionné par la plus grande valeur possible de vérité objective.

3.1 La Science et le politique

L'idée de pureté ici signifie seulement une demande commune d'objectivité dans la science juridique. La passion scientifique qui a porté cette idée et qui sans faiblir traverse les nombreux travaux de Kelsen, est peut-être le trait qui caractérise le mieux l'œuvre de Kelsen, la partie de son œuvre qui a été la plus fructueuse, mais aussi celle qui lui a valu les ennemis les plus acides.

Du point de vue scientifique, ce sens de l'idée de pureté ne peut faire l'objet d'une discussion parce qu'il exprime simplement l'idée même de la science [323]. Seule la satisfaction du principe peut être problématique. Pour le dire autrement, il n'y a pas le moindre problème théorique, mais simplement une tâche éthique pratique : faire prévaloir l'idée de la science sur tous les autres intérêts.

Si cette tâche est tellement ardue, c'est parce que les intérêts et l'idéologie au milieu desquels vit le scientifique influencent aussi inconsciemment ses pensées et le trompent. Le projet cynique et conscient d'une théorie comme idéologie au service d'un but pratique est probablement rare.

Il est probablement plus fréquent que le scientifique lui-même soit de « bonne foi » [au regard de la pureté et de la neutralité de sa théorie] même s'il lui est possible au long de sa vie, comme pour tout un chacun, d'adopter un grand nombre de nuances différentes, dépendant de son développement intellectuel et de sa capacité à l'auto-analyse. Le problème avec les sciences sociales est que la cognition de la société prend place dans la société elle-même, par des moyens qui eux-mêmes font partie de la société, au travers d'une activité qui est à sa manière un phénomène social. D'une certaine façon, le scientifique des sciences sociales devient une partie du cas qu'il veut juger.

Son point de vue est, même avant qu'il le connaisse lui-même, teinté par sa position personnelle dans la société, l'emplacement à partir duquel il essaie de voir le tout, mais qui reste toujours quelque part dans ce tout, la société elle-même.

Ces conditions éclairent pourquoi la tâche de maintenir la science sociale pure comme toute science est une tâche si difficile, qui exige de celui qui la met en œuvre des qualités très spéciales quant à son développement intellectuel et moral, et particulièrement son aptitude à « relativiser » et à se libérer des intérêts et de l'idéologie de sa classe. De plus, il doit avoir une volonté, incorruptible de se déterminer seulement par rapport à l'idée de science.

Tous ces éléments se manifestent chez Kelsen d'une manière exceptionnelle.

Et si on prend en considération à quel point une partie du droit constitutionnel a été écrite dans le style d'un avocat défendant les intérêts du régime en vigueur, on comprend que Kelsen trouverait sur cette question une immense quantité de matière à critiquer. Il s'est montré infatigable à dévoiler les tricheries et les déformations au moyen desquelles les aspirations politiques, consciemment ou non, ont essayé de se présenter comme science, et essayé ainsi d'acquiescer l'autorité que ce nom confère. [324]

Cette séparation saine de la science et du politique, de la théorie et de l'idéologie, est la raison de l'opposition féroce à l'esprit de la Théorie pure qui existe particulièrement dans l'Allemagne nouvelle.

Ici, l'idée de science rencontre des intérêts vitaux : une doctrine sociale convenable est un pouvoir en elle-même dont aucune classe gouvernante ne s'est jamais passée. L'idée de science en particulier va à l'encontre des intérêts sociaux des avocats :

Il est bien compréhensible que les juristes ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science leur donne la réponse au problème de la « bonne » solution des conflits d'intérêts au sein de la société, que, parce qu'ils connaissent le droit, ils sont

également appelés à l'informer et que, dans leur effort pour prendre influence sur sa formation, ils ont sur la politique une supériorité autre que celle d'un simple technicien de la société.¹¹

3.2 Un colosse aux pieds d'argile

Si nous considérons l'ensemble des travaux de science du droit de Kelsen à la lumière de l'analyse précédente de l'idée de pureté, nous voyons que l'ensemble de son génial système repose sur une fondation philosophique extrêmement délicate, mais qu'en revanche il est construit avec une cohérence étonnante.

La première grande idée de Kelsen sur la séparation complète du droit et de la réalité sociale est en vérité une idée qu'il a adopté du positivisme classique, mais il est exact que toutes les conséquences en sont si fermement établies qu'il est impossible d'éviter de voir que le point de vue en totalité est, en soi, une erreur.

La deuxième grande idée de Kelsen, l'idée de la pureté du droit en face de toute idéologie politique, n'est pas un principe spécifique de la théorie du droit. Il est seulement l'idée du caractère de la science du droit comme science objective ; mais c'est cette idée, et la force brillante de sa présentation qui, selon moi, a caractérisé toute l'œuvre de Kelsen, de telle manière qu'elle ne sera pas oubliée, ni ne cessera de fonctionner, même quand le « système » aura connu le destin de tout système. [325]

APPENDICE : Est-ce que le droit est fait de propositions ?¹²

Comme cela a été mentionné plus haut, une description exacte de cette question est d'une importance capitale pour la perception de la substance du droit et la détermination de la tâche et de la méthode de la science juridique.

Le postulat que le droit positif est fait de propositions avec une certaine signification sert de fondement à la supposition que la tâche de la science juridique est d'observer la signification contenue dans ces propositions, indépendamment des actes sociaux réels au moyen desquels la signification est exprimée.

Ce point de vue mène à la conclusion que la science juridique traite aussi peu que les mathématiques des réalités psychologiques, mais seulement des associations pures et idéales de significations. La relation entre le droit et la science juridique est pensée dès lors seulement ainsi : le droit positif contient les

11 Extrait de la préface du livre discuté Kelsen (1934 : v-vi) : « Der verzichtet begreiflicherweise nur ungern darauf, zu glauben und die anderen glauben zu machen, daß er mit seiner Wissenschaft die Antwort auf die Frage besitze, wie die Interessenkonflikte innerhalb der Gesellschaft „richtig“ zu lösen seien, daß er, weil er das Recht erkennt, auch berufen sei, es inhaltlich zu gestalten, daß er bei seinem Streben, auf die Rechtserzeugung Einfluß zu nehmen, anderen Politikern gegenüber mehr voraus habe als ein bloßer Techniker der Gesellschaft » (traduit dans Kelsen 1999 : 4).

12 Cf. ici Ross (1934 : Ch. V, num. 7) ; Ross (1933 : ch. XIII, num. 3).

propositions juridiques, mais seulement comme un matériau brut ; c'est la tâche de la science juridique de les construire et de les compléter en un système.

Ce point de vue est à la base de la perception habituelle de la science juridique comme exposition doctrinale, et non comme théorie sociale, et il a trouvé sa formulation la plus radicale, la plus concise et la mieux formulée dans le théorème de la *Théorie Pure du Droit* à propos de la différence absolue entre la cognition normative et la science de la réalité (la science juridique opposée à la psychologie et la sociologie).

On ne peut discuter dès lors que le droit positif soit fait de propositions dotées de signification, dans un sens linguistique. L'idée ici est simplement que les formulations trouvées dans les lois, dans les actes administratifs, etc., sont créées en respectant les règles syntaxiques du langage.

Mais une proposition qui a une signification linguistique n'est pas nécessairement une proposition dans un sens logique, c'est à dire une *proposition linguistique dotée d'une signification logique*. Pour clarifier cela, je vais, dans un premier temps, élucider ce que signifie une « signification logique ».

Pour comprendre cela, il est important de surmonter l'ambiguïté qui réside dans le concept d'une occurrence ou d'une proposition. Il semble peut-être naturel de raisonner ainsi : les propositions [326] expriment une pensée. La pensée est quelque chose de psychologique. Donc une proposition est l'expression de quelque chose de psychologique. Cette perception est toutefois ambiguë. Il faut distinguer clairement la proposition comme

- a) expression d'un acte psychique, de la proposition comme
- b) signification logique concernant une certaine condition.

Pour mieux comprendre cela, prenons quelques propositions, comme par exemple :

2 plus 2 font 4

Copenhague a 800 000 habitants

Chacune de ces propositions peut être vue de deux manières. D'abord, nous pouvons voir la proposition comme un phénomène factuel psycho-physique, qui survient en un lieu et moment donnés, par exemple lorsque la personne A, à 4 heures de l'après midi d'un certain jour, après avoir bien considéré le sujet, prononce les mots : « 2 plus 2 font 4 ». Ici, nous pouvons dire que la proposition dans ce sens exprime un certain état mental, un processus de pensée dans un sens psychologique. Nous prenons la proposition comme signe que la personne en question a eu une perception du concept « 2 » du concept « addition », et du concept « 4 » ; et un sentiment spécifique de confirmation lorsqu'il a réuni ces concepts dans la proposition « 2 plus 2 font 4 ».

Cette observation faite, il peut être pertinent de chercher à expliquer comment ces conceptions se sont formées, par quelles voies l'individu est parvenu à la conviction mentionnée, quels effets pareille conviction produit sur d'autres pensées, etc.

Mais la proposition peut aussi être vue d'une manière parfaitement différente, *séparée de toute réalité psycho-sociale*, seulement comme une cohérence symbolique qui « indique », « signifie », ou « veut dire » une certaine condition. Peu importe où et quand la proposition « 2 plus 2 font 4 » est pensée, dite ou écrite : la proposition a la même signification que la spécification d'une figure mathématique.

La signification n'est pas considérée comme quelque chose de réel en elle-même parce qu'elle est observée de manière totalement indépendante de la cohérence de réalité dans laquelle la proposition survient. La science qui s'occupe des propositions de ce type n'a par conséquent rien à voir avec la psychologie. C'est cette manière rigoureuse [327] de voir que l'on exprime en disant que les mathématiques s'occupent seulement des propositions comme signification logique (signification de la proposition), et non de la proposition comme expression d'un acte psychique.

La condition pour pouvoir considérer la proposition comme une phrase avec une signification logique est non seulement de satisfaire aux règles syntaxiques portant sur l'accumulation des mots issues de la linguistique, mais aussi de satisfaire aux règles de connexions sémiotiques qui proviennent de la syntaxe scientifique.

Si ces règles sont respectées, la proposition peut être vraie ou fausse en tant que connexion sémiotique. À l'inverse : *les propositions qui ne sont ni vraies, ni fausses n'ont pas de signification*.

La différence que j'ai essayé d'indiquer devient plus claire quand nous considérons les expressions linguistiques qui n'ont aucune signification logique, qui ne sont donc pas des propositions dans le sens logique, mais qui peuvent seulement être perçues dans le premier sens mentionné, c'est-à-dire comme phénomènes psycho-physiques en relation de fait avec d'autres phénomènes psycho-physiques.

Si, par exemple, nous percevons une formulation linguistique telle que « äie ! », il est clair que cette expression ne peut être considérée indépendamment du contexte de l'expérience dans laquelle elle survient réellement. Il est impossible de dire s'il est vrai ou faux que « äie ! ».

Cette formulation peut seulement être considérée dans son occurrence réelle comme partie d'un contexte factuel, comme expression ou signe, c'est-à-dire comme un fait qui doit être supposé être dans un contexte factuel avec d'autres faits, à savoir les expériences qui sont la cause de cette exclamation. C'est-à-

dire que l'exclamation peut seulement être considérée comme une expression de quelque chose, et non comme une signification (à propos) de quelque chose.

Il en va de même des formulations linguistiques telles que « viens ! » ou « fais ceci, fais cela ! » qui sont toutes deux comprises linguistiquement comme des propositions, même si en tant que propositions impératives elles s'opposent à des propositions indicatives.

Finalement, il est possible de penser que *cela s'applique aussi à des propositions qui sont linguistiquement indicatives* et peuvent ainsi prétendre être dotées d'une signification logique. Déterminer si tel est le cas des propositions juridiques est le cœur de la question. [328]

Pour clarifier cela je vais résumer les différences les plus importantes entre la proposition perçue comme une expression et la proposition conçue comme une proposition (une signification de quelque chose).

1. L'expression est quelque chose de réel, un fait, un événement. La signification est quelque chose d'idéal, quelque chose qui peut être compris en faisant abstraction complète du contexte réel dans lequel la proposition survient.
2. La relation « expression de » veut dire un lien causal entre la proposition comme phénomène psycho-physique et d'autres phénomènes psycho-physiques. La relation « signification de », au contraire, exprime seulement la connexion idéelle entre le symbole et l'objet qui est symbolisé.
3. Les prédicats « vrai » et « faux » ne peuvent être utilisés qu'à propos de la proposition dans la forme d'une proposition ou signification, et non à propos d'un fait. Par conséquent, les conditions mentionnées dans la proposition sont les seules qui peuvent déterminer quel prédicat doit être appliqué (c'est-à-dire si l'addition de 2 et 2 a vraiment 4 pour résultat et s'il y a vraiment 800 000 habitants à Copenhague). D'un autre côté, la circonstance psychologique-réelle, c'est-à-dire le fait qu'il y ait maintenant, qu'il y a eu ou qu'il y aura plus tard une ou plusieurs personnes, *qui soutiennent effectivement la proposition est sans importance sur ce point*.
4. L'occultation du contexte réel de cognition dans lequel la proposition se produit n'est possible que lorsque la proposition peut être vue comme une proposition dotée d'une signification logique. Les mathématiques et la géographie ne sont pas la psychologie ou la sociologie. Tout essai d'occultation de ces phénomènes est évidemment impossible si la proposition est prise comme un phénomène psycho-physique ou comme un événement; ou si elle ne peut être vue que comme telle.

Comment ceci traite les propositions juridiques ?

Si elles sont des propositions avec une signification, les propositions juridiques doivent être soit vraies, soit fausses, et cette vérité ou fausseté dépend seulement des symboles qui symbolisent les conditions factuelles, et non pas de

l'occurrence réelle de la proposition juridique comme fait ou événement dans un contexte réel (supra, n. 3). [329]

Mais en quoi consiste la vérité ou la fausseté de la proposition juridique ?

Linguistiquement, la proposition juridique apparaît comme une proposition indicative de droits et de devoirs.

Parvenu à ce point on pourrait dire que la vérité d'une proposition juridique est donnée par le fait que le devoir ou le droit, dont l'existence est réclamée dans la proposition juridique, existe en réalité en raison du fait que la proposition juridique est du droit positif.

Pourtant, il est clair que cette conception est absurde. Cela impliquerait que la vérité d'une proposition dépend de l'occurrence réelle de la proposition comme acte (par magie).

Qu'une proposition à propos du droit soit valide avec force de droit positif (ou simplement une proposition juridique fantaisiste aléatoire) ne dépend pas exactement de la condition visée qui provient des symboles utilisés, mais dépend du point de savoir si « la proposition » est réellement posée comme droit, c'est-à-dire de savoir si la proposition *intervient véritablement dans un contexte psycho-social réel donné*, si elle est en fait un élément dans le système.

La conséquence est qu'il faut prouver que la proposition que l'on dit juridique n'est en réalité en rien une proposition, qu'elle n'a aucune signification, qu'elle ne peut être perçue que dans son existence factuelle comme une proposition se référant à d'autres phénomènes psycho-sociaux.

Et la conséquence la plus importante de cela est que l'idée que la science du droit, à l'instar des mathématiques, devrait seulement consister en l'observation neutre de la signification de la proposition que l'on dit juridique, indépendamment des actes psycho-sociaux qui « véhiculent » ces opinions, est une impossibilité.

La science juridique ne peut pas se concevoir comme l'exposition doctrinale et la cognition normative dans un contraste absolu avec la théorie sociale comme cognition de la réalité.

Il en résulte donc que la science juridique comme exposition doctrinale ne peut pas être une science, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être conçue de telle manière que ses propositions aient la même structure normative que son matériau, les propositions du droit positif. Comme démontré, la norme n'a aucune signification et par conséquent elle contient encore moins une cognition. La science juridique ne peut pas être une connaissance normative dans le sens d'une cognition normative.

Cela constituerait aussi un contraste frappant avec l'idée [330] qu'exprime Kelsen par ailleurs. A savoir que le droit positif est une idéologie, ce qui selon la propre terminologie de Kelsen signifie exactement quelque chose qui dans son

essence est irréfléchi ou dépourvu de cognition immanente, mais qui vise à une détermination de la volonté.

Si le droit positif exprimé dans des normes est une idéologie, c'est-à-dire qu'il est d'une nature *alogique*, alors il serait contradictoire de supposer que les propositions de la science juridique, qui en tant que propositions scientifiques doivent être présumées contenir une cognition, c'est-à-dire être d'une nature *logique*, pourraient avoir la même structure normative que le droit positif lui-même.

La science juridique ne peut être la connaissance dans les normes, seulement la connaissance des normes.

La science juridique ne peut être normative dans le sens où elle mettrait au jour une certaine cognition, une cognition contenue dans les normes qui serait différente de la cognition de la réalité, mais normative seulement dans le sens où elle est la connaissance des formulations normatives qui existent comme expressions factuelles, et qui font partie d'un contexte factuel. De cette manière, la science juridique est en elle-même une science de la réalité, la science du droit comme phénomène juridique.

Il n'est pas sans intérêt et importance de montrer le parallélisme entre les questions ici discutées et la question correspondante de la substance de la science morale et de ses relations avec son objet, la moralité.

La conception en philosophie morale de la science morale comme une éthique rationnelle (c'est-à-dire comme une leçon d'exposition doctrinale de la moralité) correspond à la conception normativo-doctrinale de la science juridique.

De la même manière qu'en ce qui concerne la relation entre le droit et la doctrine juridique, la moralité en elle-même (comme objet de l'éthique) est supposée être une connaissance (du bien, du mal, du devoir, etc.), qui en éthique est complétée systématiquement et est révélée en ce que les propositions de moralité, dont on fait subjectivement l'expérience fragmentaire et sporadique, sont rationnellement nourries en étant déduites d'un principe ultime, la norme fondamentale de la moralité.

De cette manière, l'éthique se déplace sur le terrain de la moralité, tout comme la doctrine juridique se déplace sur le terrain du droit. Dans les deux cas, l'objet de la science - la moralité, le droit - est présumé être une connaissance (incomplète, désorganisée, sans fondement) [331], un fragment que la science concernée travaille constamment, et qu'elle complète ce faisant.

D'un autre côté, la science en elle-même est supposée être constituée de propositions normatives, ce qui la distingue des autres disciplines. La science et son objet sont donc considérés comme étant placés sur le même niveau ; les deux étant en même temps norme et connaissance.

D'une certaine manière, cette conception est même particulièrement « naturelle » dans le champ de la philosophie morale. Il est possible d'expliquer le caractère de la connaissance de la morale par son caractère « absolu » et « supra-positif » ; cela peut s'expliquer par la supposition d'une capacité de l'homme à la cognition qui est purement rationnelle. La moralité factuelle devient un effet (incomplet) de la *raison*.

Une critique de la philosophie morale doit par conséquent requérir un examen épistémologique plus rigoureux. Ainsi dans ma *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* j'ai essayé de montrer que la philosophie morale devrait être conçue non comme l'éthique mais comme l'*éthologie*, c'est-à-dire comme une doctrine de la moralité et non comme une doctrine dans la moralité : comme une doctrine à propos des phénomènes moraux, incluant leurs rationalisations linguistiques.

Bien sûr, je ne peux pas entrer ici dans les détails de cette critique et je me contenterai de dire ceci : si l'on admet – ce que je crois qu'un certain nombre voudront faire – que la science morale est une doctrine de la moralité, et non une doctrine dans la moralité, il conviendrait parallèlement de suggérer qu'il en va de même pour ce qui concerne le droit, à savoir qu'il nous faut comprendre que la science juridique est une doctrine du droit, et non pas une doctrine dans le droit.

Si on reconsidère à nouveau ce qui est réellement exprimé par les deux prépositions « de » et « dans », cela nous conduit enfin à reconnaître que *la science juridique n'est pas une exposition doctrinale, mais la doctrine du phénomène juridique*.

*Traduction de l'anglais par Alyssa King et Laura Petersell,
revue par Eric Millard et Henrik Palmer Olsen.*

Bibliographie

- Hans Kelsen, 1934 : *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1999 : *Théorie pure du droit*. Trad. frçse Charles Eisenmann [1962]. Paris : Bruylant-LGDJ.
- Alf Ross, 1929 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage Dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich prolegomena zu einer kritik des rechtswissenschaft*. Trad. du danois par H. Winkler & G. Leistikow. Copenhague-Leipzig : Levin & Munksgaard.
- , 1934 : *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*. Copenhague : Levin & Munksgaard.
- , 1936 : *Den rene retslæres 25-aars jubilæum*. *Tidsskrift for Rettsvidenskab*. 304–331.
- , 2004 : *Introduction à l'Empirisme Juridique : Textes théoriques*. Trad. fr. par Éric Millard et Elsa Matzner ; présentation et annot. par Éric Millard. Paris : LGDJ.
- , 2011 : *The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law*. Trad. angl. par Henrik P. Olsen. *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011) 2. 243–272.

Henrik Palmer Olsen*

Ross ou la validité comme pratique sociale efficace

Commentaire de Alf Ross, Le 25^{ème} anniversaire de la théorie pure du droit

Quand, en 1936, le philosophe du droit et professeur de droit danois Alf Ross¹ a publié un hommage à la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen dans un journal scandinave de science juridique,² il s'associait à un mouvement de plus en plus présent dans la philosophie du droit européenne, qui était très critique à l'égard du « droit naturel ».³ Cependant, en même temps, il élaborait une critique significative de la théorie de Kelsen, qui a permis de conforter la place de Ross lui-même en tant qu'important philosophe du droit.

Alf Ross a étudié à Vienne en 1923-1924 pendant que Kelsen y était professeur de droit public et administratif. Le séjour de Ross à Vienne a été sans aucun doute important pour son développement intellectuel, et plusieurs points de la théorie du droit de Ross sont directement

importés du travail de Kelsen. Mais tout aussi important pour ce développement a été son séjour à Uppsala en 1928-1929, où il a étudié la philosophie et découvert les écrits et l'enseignement d'Axel Hägerström, qui l'ont conduit à développer une critique de la tentative de Kelsen de séparer la science du droit des sciences sociales.

L'article de Ross « Le 25^e anniversaire de la Théorie pure »⁴ articule quelques approches importantes du concept de droit qui dans une certaine mesure avaient été négligées dans la réception internationale de la théorie juridique d'Alf Ross – probablement parce que l'essentiel de la discussion de la théorie juridique d'Alf Ross s'est concentrée sur sa théorie selon laquelle les jugements concernant la validité juridique devaient être compris comme des jugements concernant la prédiction de l'application future des règles ; sur sa compréhension de l'aspect interne des

* hpo@jur.ku.dk | Professeur à l'Université de Copenhague, Danemark. Henrik Palmer Olsen a traduit en anglais le texte de Ross et proposé ce commentaire inédit en anglais. Eric Millard a traduit en français cette traduction anglaise et ce commentaire. Les notes entre crochets sont les notes ajoutées par le traducteur français.

1 Né au Danemark en 1899 et mort au Danemark en 1979.

2 *Le 25^e anniversaire de la Théorie pure du droit (Den rene retslæres 25-års jubilæum)* – Ross (1936 : 304–331 & 2014).

3 Ross a été durant toute sa carrière extrêmement critique à l'idée de droit naturel sous toutes ses formes. Pour une bonne idée sur cette critique, voir Ross (1958 : 249–257) qui renvoie à Ross 1933.

4 L'occasion immédiate de la publication a été un compte-rendu de l'ouvrage que Kelsen a publié deux ans auparavant *Reine Rechtslehre* [dans la suite, cet intitulé renvoie toujours à la première édition de la *Théorie pure du droit*, non traduite en français]. Le 25^{ème} anniversaire mentionné dans le titre se réfère quant à lui à la publication en 1911 par Kelsen des *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, dans lesquels Kelsen a articulé pour la première fois les idées qui formeront la *Théorie pure du droit* [dans la suite, cette expression renvoie à la théorie de Kelsen, telle qu'exprimée jusqu'à la date à laquelle Ross en rend compte, et non à la première édition de l'ouvrage dont Ross rend ici compte].

règles comme une notion d'engagement émotif irrationnel ; et sur sa lecture non-cognitviste des théories de la justice et du droit naturel. Par conséquent, son œuvre la plus connue, *On Law and Justice*,⁵ soutient deux choses, qui étaient considérées comme respectables au début du 20ème siècle, mais qui avaient déjà été abandonnées par la plupart des principaux juristes universitaires au moment de sa publication. La première est l'idée qu'une assertion selon laquelle une norme est juridiquement valide doit être lue comme une prédiction sur la future application de cette norme par les tribunaux (ou plus précisément sur la disposition psychologique du juge à utiliser cette norme dans le calcul amenant à la décision quand il décide d'un cas pour lequel il serait pertinent d'utiliser la norme). La seconde est l'idée selon laquelle la science juridique devrait employer une méthodologie appropriée à l'application du principe de vérification.⁶ La forte insistance de Ross sur ces deux questions a eu pour effet de conduire la théorie du droit de Ross à une sorte de discrédit.⁷ Cela ne devrait pour-

tant pas avoir de conséquences quand il s'agit de reconnaître sa contribution à la philosophie juridique, et mon objectif avec cette traduction est de montrer que sa contribution vaut peut-être mieux que sa réputation. Avec sa critique de Kelsen, Ross pointe de manière cruciale que la science juridique ne peut être complète que si elle peut saisir et expliquer la relation entre la doctrine juridique normative et les conditions sociales sur laquelle cette doctrine repose et à partir desquelles elle est produite. Une telle compréhension de la science juridique est peut-être, pour les systèmes juridiques de plus en plus complexes que nous connaissons aujourd'hui, plus urgente que jamais.⁸

La critique que Ross fait de Kelsen doit être lue avec en arrière plan sa thèse de 1933 *Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis - Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissens-*

alliés, le naturalisme a été compris au travers de la lunette du positivisme logique, et ainsi l'ontologie, l'épistémologie et la sémantique des Scandinaves ont largement été circonscrites par leurs conceptions physicalistes et comportementalistes qui depuis Quine semblent peu défendables. Hart a détruit le programme de recherche Scandinave en philosophie du droit il y a un demi-siècle, et il n'y a aucune raison de penser que Hart se soit fondamentalement trompé ». Il faut noter cependant que les inspirations philosophiques d'Alf Ross proviennent d'abord et surtout de son collègue scandinave qui l'a devancé, Axel Hägerström, le maître de ce que l'on appelle l'Ecole de philosophie d'Uppsala.

8 Il faut noter que le compte-rendu est suivi d'un supplément dans lequel Ross essaye d'analyser le caractère des propositions juridiques. Ce supplément a été publié comme une partie du compte-rendu, et est donc inclus dans la présente traduction. Cette partie de l'article souffre de certaines des faiblesses relevées par Hart. Toutefois, cela ne doit pas conduire à sous-estimer l'appel important figurant dans l'article principal en faveur d'une science du droit qui réunit l'analyse doctrinale et les conditions sociales de son existence dans la durée, comme de sa transformation.

5 Publié par Stevens and Sons en 1958 (et réimprimé par University of California Press en 1974). La version danoise originelle "Om ret og retfærdighed" a été publiée en 1953. La traduction anglaise de 1958 a fait l'objet d'un compte rendu à la fois par Kelsen (1959 : 1-25), et par Hart (1959 : 233-240) [une traduction française de ces deux comptes rendus a été publiée par Eric Millard, avec une présentation, dans Jouanjan (2000 : 15-42 & 43-50)]. La publication précédente de Ross 1946, qui est la traduction approximative (et modifiée) de la dissertation qui lui a valu le grade de docteur en droit au Danemark (*Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, publiée au Danemark en 1934) a donné lieu à un compte rendu de Hall (1949 : 181-185).

6 Ces deux idées sont discutées dans les deux premiers chapitres de Ross 1958.

7 Pour une introduction à la réception de Ross dans le monde anglophone, voir Lloyds (2008 : ch. 11). Même les universitaires qui ont de la sympathie pour l'idée fondamentale soutenant le réalisme semblent partager la critique que Hart adresse à Ross. Ainsi Brian Leiter (2007 : 4) écrit : « pour Ross et ses

chaft, qui a été écrite sous l'influence d'Axel Hägerström, professeur de philosophie à l'Université d'Uppsala en Suède. Hägerström a joué un rôle important dans le développement intellectuel de Ross et a servi de moteur intellectuel pour promouvoir une version primitive du positivisme logique, avant que de telles idées deviennent importantes dans ce qu'on appelle le Cercle de Vienne.⁹ Ainsi la critique qu'adresse Ross à Kelsen a été dès le début dirigée vers l'insistance avec laquelle Kelsen affirme que le droit pourrait et devrait être compris seulement en termes de propositions de « devoir-être ». Selon Ross, *La Théorie pure du droit* de Kelsen échoue précisément parce qu'elle tombe du mauvais côté de la distinction « *Sein* » - « *Sollen* ». Alors que Ross approuve la critique par Kelsen de la théorie duale du droit de Jellinek,¹⁰ il dénonce la solution kelsenienne. Ainsi, alors qu'il peut être tout à fait vrai que le droit puisse être réduit à des impératifs, la science du droit est de nature propositionnelle, et ne peut qu'appartenir au domaine du « *Sein* ». Pour cela, Ross introduit la notion de contexte intentionnel comme instrument de la science du droit, qui permet au chercheur en droit de présenter les propositions doctrinales du droit sans avoir à présenter la proposition comme un impératif (hypothétique). Ce point est important car, comme le signale Ross, la norme fondamentale de Kelsen (et avec elle, toute la partie inférieure de la hiérarchie des normes qu'elle valide) doit être établie de telle manière que le système juridique en question se révèle concordant avec l'agencement qui est réellement expérimenté et suivi comme droit dans une société, sans quoi la norme fondamentale serait simplement la norme fondamentale d'un ordre juridique imaginé. Par conséquent, la norme fondamentale doit correspondre à l'intention de *quelqu'un*, et la Théorie pure doit nécessairement reposer sur le statut impératif *perçu* de l'ordre juridique en question, plutôt que simplement sur le caractère impératif (formalisé) des normes elles-mêmes.

Cette critique est importante. Kelsen, dans sa *Théorie pure du droit*, distingue entre efficacité

et validité.¹¹ La validité est le caractère qu'une norme acquiert quand on peut dire de cette norme qu'elle a été correctement dérivée d'une norme de rang supérieur. Donc la validité juridique est une qualité qu'une norme acquiert de la norme de rang supérieur, qui établit la compétence juridique de créer cette norme. A un point cependant de cette chaîne de validité dérivée d'une norme de rang supérieur, il n'y a plus aucune norme supérieure à laquelle on peut avoir recours. Dans ce cas : on doit présupposer la validité de la norme la plus élevée. En présupposant la validité de la norme positive la plus élevée dans le système, on présuppose la norme fondamentale, qui établit la validité de tout le système.¹²

Kelsen insiste sur l'idée qu'il n'y aurait aucun sens à présupposer une norme fondamentale relativement à un ordre juridique qui n'est pas efficace. L'efficacité est un *sine qua non* de la validité juridique, mais non une *conditio per quam*,¹³ ce par quoi Kelsen veut dire que la validité juridique ne peut exister qu'en relation avec des règles efficaces, mais que ce n'est pas leur efficacité qui les rend valides.

11 La relation entre validité et efficacité est un thème permanent dans la théorie juridique de Kelsen. Voir Kelsen (1934 & 1960 : § 4(c) and § 34 (g)) et, en français, Kelsen (1999 : 18–23 & 211–217). Voir aussi Kelsen (1997 : X, C. e. et j. : 172–173 & 175–176). [Pour une analyse des notions d'efficacité et d'effectivité dans le débat entre Kelsen et Ross, voir la note des traducteurs dans Ross (2004 : 11–13) et Millard (2000 : 9–14).

12 Voir Kelsen (1999 : § 4 (c) & § 34 (a)–(c), respect. 18–23 & 193–195) et Kelsen (1997 : X, A. a–c, respect. 164–167).

13 Dans Kelsen (1997 : 173), Kelsen affirme donc : « L'efficacité de l'ordre juridique global est une condition nécessaire de la validité de chacune des normes de l'ordre, *conditio sine qua non*, mais non *conditio per quam*. L'efficacité de l'ordre juridique total est une condition, ce n'est pas le fondement de validité des normes qui composent l'ordre ». Pour approfondir l'analyse de la relation entre validité et efficacité dans la théorie juridique de Kelsen, voir Beylerveld & Brownsword (1998 : 126 et s.).

9 Pour une introduction à la réception d'Hägerström dans le monde anglophone, voir Lloyds (2008 : ch. 11).

10 Voir Kelsen 1911 & Ross 1946.

Contre cela, Ross affirme que l'efficacité et la validité ne peuvent pas être aussi aisément distinguées l'une de l'autre, car la validité en elle-même n'a de sens que comme pratique efficace. Il pense que toute définition du droit ayant quelque valeur doit être cohérente avec l'agencement qui est réellement expérimenté et suivi comme droit dans une société, et cela est équivalent à ce que ceux qui sont acceptés comme les autorités juridiques dans cette société expérimentent et suivent comme droit. L'efficacité, dès lors, n'est pas simplement liée à l'application, mais aussi aux convictions et croyances des participants à propos de la validité. Ainsi pour Ross la propre compréhension des autorités juridiques est le point de départ de la description et de la compréhension du droit, et la validité juridique doit être comprise dans ce contexte comme la pratique effective consistant à assigner une validité à un ensemble particulier de normes. L'idée de Ross est que Kelsen se trompe en affectant la science juridique au domaine du *Sollen*. La science juridique – comme toute science proclamerait Ross – appartient au domaine du *Sein*. Cela ne veut pas dire que les propositions prononcées par ceux qui participent à la pratique du droit n'appartiennent pas à proprement parler au domaine du *Sollen* (comme lui appartiennent les jugements moraux) ; le point de Ross est que la science juridique ne devrait pas se fonder sur l'hypothèse que les propositions du droit (ou de la morale) ont un contenu cognitif qui peut être l'objet d'une science. Plutôt qu'une science juridique, il faudrait envisager une science à propos du fait que les personnes qui participent à la pratique juridique emploient le langage de la validité juridique et agissent d'une manière qui assume le fait que la validité joue un rôle dans leur délibérations pratiques. C'est cette pratique sociale qui devrait être l'objet de la science du droit – et non les normes (doctrine) en tant que telles.¹⁴ De ce point de vue, Ross critique clairement la tentative de Kelsen d'établir une science juridique qui soit purement doctrinale (c'est-à-dire purement concernée par la systématisation du contenu de devoir-être des normes juri-

diques). De nouveau, l'introduction du contexte intentionnel est cruciale pour la compréhension de la critique. Quand Ross dit que la doctrine juridique est comme un phénomène isolé (par exemple comme la *Stufenbau* de Kelsen avec la norme fondamentale présupposée au sommet – ou à la base, selon la figure métaphorique que l'on préfère), il montre le besoin d'ancrer la doctrine juridique comme la doctrine juridique de quelqu'un. Il ne suffit pas à la science juridique de développer des systèmes normatifs abstraits ; ces systèmes doivent avoir pour base une réalité sociale et psychologique qui en fait une partie de notre monde, plutôt que le simple fruit de notre imagination.

Si Ross a ici raison, alors les normes juridiques telles qu'elles apparaissent dans la doctrine juridique devraient être comprises comme des reconstructions rationnelles d'attitudes de comportement spécifique, qui prévalent dans la communauté juridique (c'est-à-dire parmi les autorités). Ce sont ces attitudes de comportement pratiquées qui constituent la validité juridique – et non la validité-*Stufenbau* formalisée, avec une norme fondamentale vide à sa tête. La validité juridique est donc constituée par cette incorporation psycho-sociale (ce *sein*), de par son existence. Par conséquent, des enquêtes sociales sur le *sein* des états de croyance collectives des professions juridiques sont nécessaires pour affirmer ce qui est choisi comme juridiquement valide par les autorités acceptées d'une communauté donnée : une reconstruction du contenu de devoir-être des normes juridiques positives en est incapable. En effet, de ce point de vue, la validité juridique est un aspect de la pratique sociale elle-même, et étudier la validité juridique revient à étudier ce que certaines personnes perçoivent comme juridiquement valide. Le scientifique du droit devrait donc observer et décrire les modèles de croyance des juristes, puisque ce sont ces modèles de croyance et la pratique sociale qui y est associée qui constituent la validité juridique. L'argument de Ross – comme cela ressort de la citation ci-dessus – est qu'on ne peut pas étudier l'ensemble abstrait de normes juridiques en l'isolant des pratiques sociales dans lesquelles ces normes sont réalisées.

Bien que Kelsen n'était probablement pas familier de cet article (qui est traduit ici du danois

14 Pour une élaboration de cette idée, voir l'appendice à l'article de Ross ci-dessus (1936 : 325–331 ; 2014 : par. 113–157).

pour la première fois), il n'ignorait pas le point de vue selon lequel le droit devrait être expliqué comme une forme de fait social. La réponse de Kelsen à ce type d'objection était que l'analyse sociologique du droit en fait présuppose le concept de validité juridique qui est expliqué dans la *Théorie pure*. Lars Vinx, dans son travail sur la légalité et la légitimité dans la théorie du droit de Kelsen¹⁵ explique la réponse kelsénienne à la sociologie juridique ainsi :¹⁶

Kelsen prétend que la sociologie juridique parasite la théorie générale du droit normative. Une conception du droit comme fait social signifie pour nous quelque chose seulement parce que nous avons déjà compris le concept dont elle se sert à partir d'un point de vue de théorie générale du droit normative. Mais la sociologie juridique ne peut pas expliquer la signification normative du droit tel qu'elle est comprise par ceux qui se servent des propositions du droit pour exiger quelque chose les uns des autres. La théorie générale du droit doit dès lors être une science normative.

Ce type de réponse n'est cependant pas efficace face à la critique de Ross, car l'argument de Ross est que l'on ne peut pas dire que l'idée de la théorie générale du droit d'une signification normative existe indépendamment du contexte socio-psychologique qui l'incorpore.¹⁷ En effet, Ross conteste l'existence même d'une catégorie cognitive séparée pour la perception de la normativité, à partir de laquelle Kelsen comprend la théorie générale du droit. Pour Ross *Sein* et *Sollen* n'existent pas comme catégories logiques distinctes ou comme formes de pensée qui existeraient côte à côte. Alors qu'on pourrait exprimer la validité juridique comme une notion qui signifierait la justification d'une exigence normative (par exemple en se référant à une norme de rang supérieur), la pratique de l'utilisation des expressions de validité juridique, au final, est une pratique sociale, qui devrait être comprise comme

une façon de rationaliser des perceptions collectives de la normativité. Mais selon Ross, le contenu de devoir-être des normes juridiques ne peut pas en lui-même être l'objet d'une science. Au contraire, les normes juridiques ne peuvent être comprises que comme des attitudes de comportement qui sont intégrées dans une pratique sociale générale. Donc, sous l'intitulé « La science du droit est une doctrine de l'humain » Ross insiste sur le cœur de sa critique, c'est-à-dire le fait que l'exposé doctrinal ne peut pas en lui-même constituer une science juridique. Une science juridique au sens propre doit être fondée sur la disposition psycho-sociale d'un individu ou d'une collectivité d'individus, qui acceptent la doctrine juridique particulière en question comme *leur* doctrine. Il s'ensuit que si l'on pourrait penser la science juridique doctrinale et la sociologie du droit comme deux approches radicalement différentes des études juridiques, il vaudrait mieux les penser comme deux formes d'abstractions scientifiques temporaires (mais peut-être nécessaires). Pour cela, Ross plaide pour une nouvelle forme de science du droit unifiée – dans laquelle la doctrine juridique ne soit pas seulement l'exposé normatif, mais plus globalement une science cohérente de la réalité sociale – ; une science à propos de la manière dont la doctrine juridique façonne l'environnement social dans lequel sa validité est acceptée, et est façonnée par lui.

Ce que prétend donc Ross, c'est que le projet de Kelsen de séparer le contenu normatif du droit de son origine sociale et la perception qui s'ensuit de la science juridique comme une science du contenu normatif de ces normes abstraites, auront pour conséquence de séparer la science juridique de ce qui – selon Ross – devrait être son véritable objet : la vraie vie du droit. La conséquence finale de cela sera que la science juridique à la Kelsen^{18**} sera incapable de saisir les détails, parfois plein de nuances, du droit en action, qui est une pratique sociale, et cela conduira à des descriptions incomplètes, ou même trompeuses, de ce qu'est le droit sur certains points. A un moment dans son article, Ross prétend même que le « dualisme radical entre le droit et la réalité » de Kelsen « conduira à une caricature du positivisme, un positivisme plus positif et plus su-

15 Vinx 2007.

16 Vinx (2007 : 11).

17 Il faut noter la réfutation par Ross des objections de Kelsen dans l'article présenté : Ross (1936 : 317–318 & 2014 : par. 67–78).

18 ** [En français dans le texte].

perflu que le vrai positivisme ne l'a jamais été », et que de plus si quelqu'un faisait de la science juridique selon les méthodes prescrites par Kelsen, il ne parviendrait qu'à « une répétition vaine des propositions du droit positif lui-même ». ¹⁹

La critique qu'adresse Ross à Kelsen n'est donc pas purement philosophique. Il croit que la philosophie du droit a un réel impact sur la manière selon laquelle opère la science juridique doctrinale. Pour Ross, le positivisme de Kelsen est une voie sans issue, parce que le programme scientifique de la Théorie pure conduira à la construction de systèmes dans la science juridique, qui ne reflètent pas la manière dont le droit est pratiqué, et cela est pour Ross inacceptable. La science juridique normative doit faire davantage que reproduire le contenu normatif abstrait des règles juridiques – elle doit s'attacher à la manière dont ce contenu normatif abstrait est transformé et modelé dans l'usage pratique. Mais l'analyse de Ross possède aussi une portée théorique plus forte.

La conséquence de l'analyse de Ross semble être que la norme fondamentale, qui dans la théorie de Kelsen est supposée donner la validité au système juridique en entier, ne peut être présupposée qu'au regard d'un système dont nous savons déjà (par l'enquête sociale) qu'il est accepté comme un système juridique par les agents qui font fonctionner ce système. Que veut dire alors présupposer la norme fondamentale ? Comme le montre Ross, il semble que la présupposition de la norme fondamentale a pour but de rendre l'ordre normatif valide au sens d'être quelque chose de plus qu'un simple ordre normatif. ²⁰ La norme fondamentale est nécessaire pour que l'ordre normatif acquière le statut de validité, mais la question critique que Ross pose

à Kelsen est : que veut exactement dire cela si la notion de validité est coupée de la réalité socio-psychologique ? En d'autres termes, la critique de Ross frappe au cœur de l'hypothèse kelsénienne selon laquelle la catégorie du *Sollen* peut fonctionner comme fondation cognitive de la science du droit.

Pour certains juristes universitaires, il se pourrait que la critique que Ross adresse à Kelsen aille trop loin, quand il insiste sur l'idée que la validité juridique et le système des normes juridiques ne peuvent pas être détachés de la pratique sociale dans laquelle ces normes sont réalisées. Mais à bien y regarder, ce qui apparaît radical dans la théorie de Ross (et particulièrement dans sa période post-positivisme logique) se révèle être davantage une profondeur analytique qu'une exagération erronée. A titre d'illustration, il peut être utile de comparer Ross au collègue positiviste de Kelsen : H.L.A. Hart.

L'élément central de la théorie juridique de Hart est l'idée selon laquelle un système juridique peut être identifié grâce à une règle de reconnaissance du système. La règle de reconnaissance est la règle à laquelle se réfèrent ceux qui participent à un système juridique pour décider si une règle est ou non une règle du système. Donc la règle de reconnaissance qui définit le système juridique Danois peut valider une loi qui est adoptée conformément à la Constitution Danoise comme une règle de droit du système. Et de la même manière, la même règle de reconnaissance peut exclure des prescriptions provenant – par exemple – du pape. Dans *Le Concept de droit*, Hart décrit la fonction que remplit une règle de reconnaissance dans un système juridique : ²¹

Dire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système. Nous pouvons même dire simplement que le jugement selon lequel une règle particulière est valide signifie qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance.

19 Ross (1936 : 321 & 2014 : par. 95).

20 Ross le dit ainsi, Ross (1936 : 312 & 2014 : par. 43) : « Pour Kelsen, la norme fondamentale a réellement pour fonction, une fois délimitée ce qu'est le droit positif, d'exprimer la prétention du droit d'être quelque chose de plus qu'un simple système de pouvoir, c'est-à-dire un ordre valide (légitime). La norme fondamentale est la source primaire de laquelle la légitimité jaillit pour irriguer le système dans son entier ».

21 Hart (1994 : 103 & 2005 : 122).

Cela fait naître la question de savoir ce qui dans la règle de reconnaissance rend possible que cette règle confère la qualité de validité aux règles du système. Ce qui dans la règle de reconnaissance lui donne cette force particulière de rendre les autres règles valides ou invalides (comme on devrait le noter, cette question est quasiment similaire à la question que Ross pose à propos de la norme fondamentale de Kelsen). Pour trouver la réponse de Hart à cette question, on doit se référer aux observations finales. Ainsi à la page 292, il aborde la relation entre son propre concept de « règle de reconnaissance » et le concept kelsénien de norme fondamentale. Ici, il note d'abord et avant tout :

La question de savoir s'il existe ou non une règle de reconnaissance et quel est son contenu, c'est-à-dire quels sont les critères de validité dans n'importe quel système juridique donné, est considérée tout au long du présent ouvrage, *malgré sa complexité, comme une question empirique de fait*.²²

Ici on pourrait noter que si l'existence et le contenu d'une règle de reconnaissance peuvent être établis empiriquement, alors la *validité* elle-même est un fait empirique, ce qui veut dire que la connaissance de la validité doit être atteinte par l'observation. La question devient alors : quel type d'observation sert de fondement à la connaissance de la validité juridique ? La réponse de Hart apparaît dans la suite :

Cela reste vrai même s'il est tout aussi vrai que normalement, au moment où un praticien du droit qui exerce ses fonctions au sein du système affirme qu'une règle particulière quelconque est valide, il *n'énonce pas explicitement*, mais *présuppose tacitement* le fait que la règle de reconnaissance (en référence à laquelle il a apprécié la validité de la règle particulière) existe en qualité de règle admise de reconnaissance du système. En cas de contestation, ce qui est ainsi présupposé sans être énoncé pourrait être établi en recourant aux faits, c'est-à-dire *à la pratique effective que les tribunaux et les autorités administratives* révèlent au moment où ils iden-

tifient le droit qu'ils ont à appliquer.²³

Donc le fait que nous sommes supposé rechercher pour cela semble être la pratique sociale d'identification du droit à l'intérieur du système. Mais il est important à ce niveau de distinguer entre la perspective du participant et celle de l'observateur. Le participant, que Hart décrit comme quelqu'un qui regarde le droit de l'intérieur, se sert de la règle de reconnaissance pour valider son application des règles juridiques. Puisque la règle de reconnaissance doit être trouvée dans la pratique existante, la validation de l'intérieur semble (si la conception de Hart exposée plus haut est fondée) violer le principe de Hume selon lequel un *devoir-être* (la règle validée) ne peut pas être dérivée d'un *être* (la pratique existante). Donc il semble que le participant doit présupposer quelque chose comme la norme fondamentale pour pouvoir rester dans le domaine du devoir-être. C'est précisément l'argument de Kelsen.²⁴ L'observateur, c'est-à-dire le scientifique du droit, n'a pas besoin toutefois d'appuyer la validité normative des règles de droit (en fait beaucoup prétendraient le faire, mais ne devraient pas le faire). À la place, le scientifique du droit devrait *décrire* les engagements normatifs qui sont considérés (explicitement et/ou implicitement) par les participants. Et pour décrire ces engagements, il paraîtrait plutôt arbitraire d'arrêter l'enquête au moment où l'on observe une pratique de validité. Il semble que pour comprendre une telle pratique, nous ayons besoin d'une enquête approfondie sur le phénomène social et psychologique qui crée le dévouement et l'engagement envers une règle particulière de reconnaissance. En fait, si la notion de

23 Hart (1994 : 292–293 & 2005 : 309). Les italiques sont miennes.

24 Dans Hart (1994 : 293 & 2005 : 309), Hart note que la notion kelsénienne de norme fondamentale « obscurcit à tout le moins, si elle ne contredit pas réellement, la thèse sur laquelle nous insistons dans cet ouvrage, à savoir que le problème de la détermination du critère de validité juridique dans tout système juridique est une question de fait ». Comme mentionné, sans norme fondamentale, la validation sur la base des faits violerait cependant la distinction être/devoir-être.

22 Hart (1994 : 292 & 2005 : 309). Les italiques sont miennes.

validité juridique est effectivement dérivée d'une étude empirique de la pratique d'identification du droit (ce qui est essentiellement ce que Ross et Hart suggèrent), alors étudier comment les règles juridiques deviennent acceptées comme telles, et comment leur contenu évolue dans le temps devient une tâche encore plus importante de la théorie générale du droit.²⁵ La conséquence de cela semble être que la doctrine juridique ne peut pas être correctement comprise si elle est isolée de ses fondements psychologiques et sociaux dans la société. Une étude des phénomènes psychologiques et sociaux qui de diverses manières sont la cause de l'apparition et du développement des attitudes de comportement doit être étroitement associée à une étude du contenu de la doctrine juridique elle-même. Alors qu'il peut être possible de faire des abstractions sociologiques ou doctrinales, et alors que ces abstractions peuvent être séparées l'une de l'autre (comme dans le cas de la *Stufenbau* purement normative de Kelsen), le phénomène du droit ne peut vraiment être saisi en entier qu'à travers une unification des deux points de vue.

Pour Ross donc, l'étude de la doctrine juridique ne doit pas conduire au divorce avec les forces sociales et psychologiques qui causent la pratique de la doctrine. Dans le langage de notre temps, l'argument de Ross est que toute étude du droit doit associer une compréhension de la structure symbolique du droit (doctrine) au système social qui produit cette structure (les fondements socio-psychologiques de l'idéologie – de la doctrine). Cette approche montre une sophistication dans la pensée de Ross qui va bien au-delà de la simple distinction qu'opère Hart entre

les points de vue interne et externe.²⁶ Comme l'a noté MacCormick, Hart, comme théoricien du droit, doit adopter le point de vue de quelqu'un qui observe les engagements des autres envers un ensemble de règles donné ; mais Hart n'élabore jamais ce que cela implique.²⁷ Ross toutefois, dans l'article présenté, est préoccupé précisément par cette posture, et c'est ce qui le rend intéressant, non seulement pour la théorie juridique contemporaine, mais aussi pour l'évaluation de la place de Ross dans l'histoire de la philosophie du droit. Il est possible après tout que Hart et d'autres qui ont rejeté Ross ne se soient pas fondés sur une compréhension exacte de la position de Ross. Par conséquent, la présente traduction peut servir de base à une réévaluation de la solidité sinon du Réalisme scandinave dans sa totalité, du moins de ses caractéristiques fondamentales, telles que présentées par son plus important représentant.

*Traduit de l'anglais
par Éric Millard.*

25 Ceci tire évidemment la théorie générale du droit encore plus dans la direction de la sociologie du droit, et d'une compréhension de la manière dont les systèmes juridiques fonctionnent comme champ (semi) autonome dans la société ; un développement que n'approuvaient pas Kelsen et d'autres philosophes « purs », mais qui serait peut-être bien accueilli par ceux qui pensent que les théories socio-juridiques contemporaines pourraient améliorer notre compréhension tant du droit que de la théorie générale du droit.

26 Beyleveld & Brownsword (1989 : 463–512), ont montré que Hart en fait se sert de trois concepts différents de droit, et que ces trois concepts peuvent être distingués selon la manière dont l'aspect interne des règles s'articule avec l'obligation juridique, respectivement : 1) les règles juridiques comme modèles de conduite généralement acceptés ; 2) les règles juridiques acceptées par les autorités du système comme modèles de conduite et 3) les règles juridiques qui sont respectées quelle qu'en soit la raison. Ce caractère équivoque du concept de droit joue un rôle dans l'absence de clarté de Hart en ce qui concerne la distinction entre le point de vue interne et le point de vue externe, noté également par MacCormick, voir note ci-dessous.

27 Pour une discussion et une critique de la distinction hartienne entre points de vue interne et externe, voir MacCormick (1981 : 34 et s.) [en français sur cette question voir particulièrement les contributions de Guastini 2007 & Millard 2007].

Bibliographie

- Deryck BEYLEVELD & Roger BROWNSWORD, 1989 : Normative Positivism: The Mirage of the Middle Way. *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (1989) 4. 463–512.
- , 1998 : Methodological Syncretism in Kelsen's Pure Theory of Law. *Normativity and Norms*. Dir. Stanley Paulson & Bonnie Lietschewski Paulson. Oxford : Clarendon Press.
- Riccardo GUASTINI, 2007 : Le «point de vue» de la science juridique. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques. Hommage à H.L.A. Hart à l'occasion du centenaire de sa naissance* (2007) 59. Dir. Jean-Yves Chérot. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.
- Jerome HALL, 1949 : Compte rendu de Alf Ross. Towards a Realistic Jurisprudence. *Harvard Law Review* 63 (194) 1. 181–185.
- Herbert L. A. HART, 1959 : Scandinavian Realism. *Cambridge Law Journal* (1959). 233–240.
- , 1994 : *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford : Clarendon Press.
- , 2000 : Sur le réalisme scandinave. *Dossier : Théories réalistes du droit*. Dir. Olivier Jouanjan. Trad. fr. par Eric Millard. Université Robert Schuman de Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg. 43–50.
- , 2005 : *Le Concept de droit*. 2^{ème} éd. Augmentée. Trad. par Michel Van de Kerchove. Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis.
- Olivier JOUANJAN (dir.), 2000 : *Dossier : Théories réalistes du droit*. Université Robert Schuman de Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg.
- Hans Kelsen, 1911 : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen : J.C.B. Mohr (P. Siebeck).
- , 1934 : *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1945 : *General Theory of Law and State*. Cambridge : Harvard University Press.
- , 1958 : Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (10. Band). 1–25.
- , 1960 : *Reine Rechtslehre*. 2^{ème} éd. Vienne : Franz Deuticke.
- , 1997 : *Théorie générale du droit et de l'État*. Trad. frçse par Béatrice Laroche, introduction de Stanley L. Paulson. Paris : Bruylant-LGDJ.
- , 1999 : *Théorie pure du droit*. Trad. frçse par Charles Eisenmann [1962]. Paris : Bruylant-LGDJ.
- Brian LEITER, 2007 : *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York : Oxford University Press.
- Michael D.A. FREEMAN (dir.), 2008 : *The Scandinavian Realists. Lloyd's Introduction To Jurisprudence*. 8th ed. London : Sweet & Maxwell. 1035–1076.
- Neil MACCORMICK, 1981 : *H.L.A. Hart*. London : Edward Arnold.
- Eric MILLARD, 2000 : Deux lectures critiques d'Alf Ross. *Dossier : Théories réalistes du droit*. Dir. Olivier Jouanjan. Université Robert Schuman de Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg. 9–14.
- , 2007 : Point de vue interne et sciences du droit : un point de vue empiriste. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques. Hommage à H.L.A. Hart à l'occasion du centenaire de sa naissance* (2007) 59. Dir. Jean-Yves Chérot. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.
- Alf ROSS, 1929 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage Dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*. Trad. du danois par H. Winkler & G. Leistikow. Copenhagen-Leipzig : Levin & Munksgaard.
- , 1934 : *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*. Copenhagen : Levin & Munksgaard.
- , 1936 : Den rene retslæres 25-aars jubilæum. *Tidsskrift for Rettsvidenskab*. 304–331.
- , 1946 : *Towards a Realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in law*. Trad. angl. par Annie I. Fausbøll. Copenhagen : Einar Munksgaard.
- , 1958 : *On Law and Justice*. Trad. angl. par Margaret Dutton. London : Stevens and Sons Limited.
- , 2004 : *Introduction à l'Empirisme Juridique : Textes théoriques*. Trad. fr. par Éric Millard et Elsa Matzner, présentation et annot. par Éric Millard. Paris : LGDJ.
- , 2014 : Le 25^{ème} anniversaire de la *Théorie pure du droit*. Compte rendu de Hans Kelsen (1934), Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Trad. française par Éric Millard. *Revus* (2014) 24.
- Lars VINX, 2007 : *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*. New York : Oxford University Press.

Carla Faralli*

Le droit comme fait

Se fondant sur une analyse méta-éthique anti-cognitivistique 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 car-tésiennes 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 croyons 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 Hågerström 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 Vilhelm 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.

Henrik Palmer Olsen*

Prédiction et interprétation du droit

La théorie du pronostic est un des éléments les plus importants (et les plus discutés) de la théorie de la science du droit d'Alf Ross. Cet article veut montrer que cette théorie du pronostic est incompatible avec les propres fondements théoriques de Ross, et notamment avec sa théorie des sources du droit et de l'interprétation. Elle doit être comprise comme une tentative réductionniste de la validité normative, qui a échoué par son incapacité à fournir à la recherche juridique les concepts qui lui sont nécessaires.

Mots-clés : pronostic, science du droit, réductionnisme empirique, réalisme scandinave, théorie de l'interprétation, théorie des sources du droit

Un des éléments les plus discutés de l'ouvrage de Ross *On Law and Justice*¹ est la théorie du pronostic.² Alors que cet ouvrage est peut-être internationalement le mieux connu, et peut être aussi une des plus claires énonciations du réalisme juridique scandinave, la théorie du pronostic – qui en fait occupe une très petite partie du livre – a été critiquée au Danemark aussi bien qu'à l'étranger comme paradigme inadéquat de la théorie juridique.³ Dans cet article, je soutiendrai que la théorie du pronostic est incompatible avec la propre théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique de Ross, et par conséquent je proposerai de considérer qu'une meilleure interprétation de ces théories prises ensemble consisterait à admettre que la théorie du pronostic constitue une tentative pour appliquer une nouvelle méthodologie à l'étude du droit, dérivée d'une approche réductionniste de la validité normative, tentative qui a échoué parce que la méthodologie en question est incapable de fournir au juriste scientifique les outils conceptuels nécessaires à sa recherche. Pour accepter pleinement cela, il faudrait bien sûr une étude plus détaillée, mais je pense pouvoir au moins livrer les premiers éléments d'une telle interprétation. Pour ce faire,

* hpo@jur.ku.dk | Professeur à l'Université de Copenhague, Danemark.

1 Ross 1958. Cet ouvrage est une traduction de Ross 1953.

2 Tout au long de cet article, j'entends par « théorie du pronostic » la théorie de Ross selon laquelle les énoncés sur le droit valide devraient être interprétés comme des prédictions à propos des normes que les juges ressentiront comme socialement obligatoires, et par conséquent suivront, dans les procès à venir impliquant les normes en question (v. *infra* section 2). Je suis l'usage établi dans la littérature danoise pour se référer à cette partie spécifique de la théorie de Ross.

3 V. par exemple Hart (2000 : 43–50) ; Hall 1973. Pour une discussion de la théorie du pronostic dans la littérature danoise récente, v. Blume (2000 : 76 et s.) ; Olsen (2001 : 173 et s.) ; Blume (2001 : 287 et s.).

je vais d'abord présenter les grandes lignes de la théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique telle qu'elle est développée dans *Towards a Realistic Jurisprudence*.⁴ Ceci servira de toile de fond à une rapide présentation de la théorie du pronostic. La confrontation entre la théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique, et la théorie du pronostic, me conduira à apprécier finalement la compatibilité de ces deux parties du travail de Ross.

1 LA THÉORIE DES SOURCES DU DROIT ET DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

Dans *Towards a Realistic Jurisprudence*, Ross soulève la question qui doit guider la méthodologie du droit face à ce qu'il décrit comme un dualisme insoutenable inhérent au concept de droit. Ce dualisme est apparu parce que le droit a été simultanément perçu comme un ensemble de directives normatives d'un côté, et de l'autre comme une réalité empirique.⁵ Puisque ce dualisme a conduit à de nombreuses antinomies insoutenables dans la théorie du droit, Ross cherche à esquisser une théorie du droit alternative. Ce faisant, il dénonce non seulement les théories dualistes, mais également la possibilité d'opter pour une théorie du droit qui incorpore uniquement la dimension de la validité (normative) ou celle de la réalité (empirique). Pour Ross, la solution consiste au contraire à unir ces deux dimensions du droit de telle manière que le dualisme puisse être évité. Ce qui oblige à comprendre la relation précise entre les dimensions empirique et normative du droit. Ross écrit :

Si le droit est une validité *a priori*, la source de la connaissance juridique ne peut être que le pur raisonnement, et rien d'autre. Et si le droit est un fait empirique, la source de la connaissance juridique ne peut être que l'expérience, et rien d'autre. Le fait est que, parce que le droit n'est conçu (exclusivement) ni dans un sens, ni dans l'autre, mais comme une validité se révélant dans la réalité au travers d'actes empiriques, un problème particulier surgit. On peut se demander : quels sont ces actes empiriques qui ont un pouvoir spécifique de créer la validité ? ce qui les distingue en général des autres, de quoi ce pouvoir dépend ?⁶

Voilà un message sur l'objectif véritable d'une étude des paramètres fondamentaux de toute science juridique. Ross indique ici que la science juridique doit s'occuper de la manière dont la validité juridique peut s'imprégner d'une certaine réalité empirique, ou inversement de la manière dont une réalité em-

4 Ross 1946. Cet ouvrage est une traduction de Ross 1934. Bien que la traduction disponible en anglais soit selon moi assez imparfaite, j'ai, afin d'éviter toute confusion, pris le parti de me référer pour les citations à celle-ci. Il faut cependant noter que Ross tenait cette traduction anglaise pour « ... quelque chose de différent qu'une simple traduction, quelque chose de plus qu'une simple traduction... ». Ross (1946 : 10).

5 Pour une courte présentation de ce que Ross entend par dualisme, v. la préface à Ross 1946.

6 Ross (1946 : 127-128) (italiques de Ross).

pirique peut participer à la validité juridique. Cette question est essentielle à toute tentative de théorisation de la méthodologie de la science juridique, et la solution proposée par Ross est caractéristique du réalisme scandinave.⁷

Car Ross, pour surmonter ce qu'il a caractérisé comme le dualisme dans le concept de droit,⁸ réinterprète la dimension de validité (c'est-à-dire la normativité) comme des expressions de certaines dispositions psychologiques spécifiques. Donc, pour Ross, la clé pour résoudre le problème – la réconciliation des approches normative et descriptive de la science juridique – découle de l'observation que le dualisme que l'on rencontre dans les théories traditionnelles du concept de droit provient d'un présupposé épistémologique erroné, à savoir qu'il existe deux formes de cognition, une cognition normative et une cognition descriptive. En réalité, pour Ross, quelque chose comme une cognition normative n'existe pas. C'est une position réductionniste quelque peu radicale, et par conséquent je vais l'examiner un peu plus en détail.

Le rejet par Ross de la cognition normative résulte de son refus d'accepter que la cognition puisse s'appliquer aux questions de validité normative. Ce refus à son tour provient de l'observation que les énoncés à propos de la validité normative n'ont pas d'objets correspondants susceptibles de supporter le test de vérité de tels énoncés. Les arguments très détaillés de cette position sont présentés dans sa *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis*.⁹ Il est ici suffisant de noter que Ross continue dans *Towards a Realistic Jurisprudence* sa quête pour déconstruire le concept de validité normative. Ainsi affirme-t-il que le langage de la validité normative est utilisé pour rationaliser des sentiments de devoir, ou des sentiments semblables, qui ne peuvent pas être autrement expliqués. En d'autres termes, la validité est :

simplement un mot employé comme terme commun pour des expressions telles que celles par lesquelles certaines expériences subjectives d'impulsion sont rationalisées. Toutefois, il n'existe là aucune conception de la validité, mais simplement des expériences de validité conceptuellement rationalisées, c'est-à-dire certaines expériences pourvues d'illusions particulières d'objectivité. D'où le fait que les déclarations concernant la validité pratique, c'est-à-dire concernant les valeurs ou les obligations, manquent de toute signification ou objet, bien que toutefois, en raison de leur existence effective, elles possèdent une valeur emblématique comme symbole de certains phénomènes psycho-sociologiques.¹⁰

Sur cette présupposition, la conception de Ross de la cognition normative réside dans l'observation empirique de manifestations sociales et psycholo-

7 L'héritage philosophique commun du réalisme scandinave découle des écrits d'Axel Hägerström. Cela vaut aussi pour Ross : v. Ross (1946 : 10). Pour une introduction à Hägerström, v. Freeman 1994.

8 Cf. *supra*.

9 Ross 1933.

10 Ross (1946 : 12–13).

giques prétendant à la cognition normative. Selon Ross, le seul contenu réel de ces prétentions à la cognition normative est le sentiment d'objectivité inhérent à la personne qui a cette prétention. Donc ce n'est pas la norme, mais le sentiment, qui est le contenu réel des prétentions à la cognition normative. Le problème du dualisme dans la théorie du droit est apparu selon Ross du fait que ces manifestations socio-psychologiques – ces sentiments – ont jusqu'ici été interprétées à tort comme étant des expressions de contenu normatif pouvant être établies par une forme de raisonnement, qui est différente de celle servant à établir les faits empiriques. Donc une théorie des énoncés normatifs comme objets appartenant à une sphère de réalité indépendante, à laquelle nous avons accès seulement au moyen d'une forme spéciale de raisonnement, a été élaborée. Pour Ross toutefois, ces expressions de sentiments doivent être prises seulement pour ce qu'elles sont, et il s'engage par conséquent dans un réductionnisme total pour ce qui est de la dimension normative du droit (et de la morale) : l'étude des normes doit être remplacée par l'étude de l'*idéologie normative*. Par conséquent, l'étude des normes juridiques doit devenir une étude de l'idéologie juridique.

Une question apparaît alors : où pouvons-nous trouver l'idéologie pertinente ? Où chercher le droit ? Pour Ross, la réponse est aisée et directe : nous trouvons le droit dans le système juridictionnel. Ce qui signifie que la connaissance du droit peut être obtenue par l'étude de l'idéologie qui est attachée au comportement des juges :

Les conceptions « réalistes » signifient un point de vue cohérent à l'appui de l'idée selon laquelle le droit est du droit parce qu'il est effectivement appliqué, et selon laquelle une source du droit est ce qui constitue effectivement le motif du juge. La doctrine des sources est une doctrine des motifs réels d'un certain comportement humain, et rien d'autre.¹¹

L'étude du droit devient ainsi une étude de l'idéologie juridictionnelle (c'est-à-dire de l'idéologie qui est *partagée* par les juges) et du comportement. L'idéologie et le comportement se trouvent à chaque bout de ce que Ross nomme le processus de motivation. On pourrait dire que l'idéologie est (une partie de) l'*input*, et le comportement est l'*output*. Pour ce qui est des théories des sources du droit, Ross écrit : « D'un point de vue réaliste, donc, une source du droit signifie *un facteur dans le processus de motivation de la décision juridictionnelle*. »¹² Ainsi, nous devons essayer de comprendre ce qui motive les juges.¹³ Ross identifie trois groupes de tels facteurs de motivation (sources du droit) :¹⁴

11 Ross (1946 : 144–145).

12 Ross (1946 : 144) (italiques de Ross).

13 Ross décrit ces facteurs de motivation comme étant perçus par les juges comme socialement obligatoires. V. Ross (1958 : 14 et s.).

14 Ross (1946 : chapitre VI).

- 1) Les normes autoritaires qui sont perçues (par les juges) comme valides avant le processus de décision juridique, et indépendamment de lui, en raison de leur forme juridique (normes posées, décisions juridictionnelles, etc.).
- 2) Les normes semi-autoritaires qui sont perçues (par les juges) comme valides avant le processus de décision juridique, et indépendamment de lui, parce qu'elles découlent d'une pratique antérieure (précédents) considérée comme valide.
- 3) Les considérations pratiques de but, les idéologies, et les autres facteurs intentionnels, qui sont perçus (par les juges) comme valides parce qu'ils constituent une partie immanente et indispensable de l'application du droit formel positif.¹⁵

Jusqu'ici, rien qui ne parait particulièrement radical. Toutefois, Ross ajoute, à propos des relations entre ces trois types de sources du droit, qu'il n'est pas possible d'établir une hiérarchie fixée, au sens d'établir des positions telles que sources du droit primaires ou secondaires.¹⁶ La conséquence en est que la doctrine positiviste de la primauté du droit écrit ne peut pas être maintenue. Dans une théorie du droit réaliste, selon Ross, le droit écrit, le droit jurisprudentiel, la coutume, et les considérations pratiques, sont considérés, en principe, comme tous situés au même niveau. Mais Ross a encore plus à dire :

« Les principes d'équité »^a est une expression de cette somme de considérations libres, inarticulées, pratiques, dont l'importance se manifeste en premier lieu dans le fait qu'elles enserment les sources autoritaires et fournissent les fondements de leur interprétation, et plus rarement dans le fait qu'elles motivent directement une décision juridictionnelle sans l'aide d'aucune source autoritaire.¹⁷

Ainsi, bien que les considérations pragmatiques ne fonctionnent que rarement comme la seule source du droit dans une décision juridique, ces considérations sont des parties ou des portions de toute décision de droit – y compris celles qui sont *présumées* fondées sur les sources formelles du droit. Les considérations pragmatiques constituent l'appareil conceptuel même par lequel le droit est identifié et appliqué, de manière à la fois concrète et générale. Dès lors, ces considérations ne sont pas seulement des sources secondaires ou additionnelles, mais sont essentiellement intégrées/entrelacées avec les sources du droit plus formelles. D'une certaine façon – et en accord avec le canon d'au moins certaines versions du réalisme américain – les considérations pragmatiques constituent une source du droit plus fondamentale que les sources formelles

15 L'expression danoise originelle de Ross («*forholdets natur*») a été traduite par « equity ». Puisque « equity » a une signification très particulière en anglais juridique, je l'ai remplacée par « considération pragmatique », sauf lorsque je cite le texte de Ross.

16 V. Ross (1946 : 142).

a V. note 15 [N.d.T.].

17 V. Ross (1946 : 142).

(autoritaires ou semi-autoritaires), car ce sont ces considérations qui produisent la vie et la signification concrète des sources formelles.

Maintenant, puisque la connaissance des considérations pragmatiques, de ce point de vue, est une condition préalable et nécessaire à la connaissance du droit, nous devons les examiner de plus près. Ross dit d'elles qu'elles sont :

des considérations libres, non fixées, souvent presque inarticulées, provenant de la masse importante, indéfinie et extrêmement englobante, des attitudes de comportement de toutes sortes possibles, plus ou moins préméditées /.../.¹⁸

Il est donc impossible, si nous suivons la pensée de Ross, de dériver logiquement ou par déduction des énoncés valides sur le droit à partir des seules sources formelles du droit. Au contraire, ces arguments juridiques qui sont présentés comme tirés des sources formelles du droit, par exemple dans le raisonnement d'application juridique et l'adjudication, sont en fait le résultat de considérations pragmatiques précédentes, considérations qui ne font pas positivement partie d'une quelconque source formelle. L'argument juridique est habillé pour ressembler à une déduction formelle, ou quelque chose d'approchant, mais en réalité l'argument prend racine dans des considérations pragmatiques qui ne peuvent être trouvées dans aucune source formelle du droit.

Jusqu'ici, la déconstruction par Ross de la notion de raison pratique, et donc de validité juridique, conduit à une présentation plus sceptique du processus argumentatif qui caractérise la pratique juridique. Les considérations pragmatiques, prétend Ross, jouent un rôle plus important que celui qui leur a été reconnu jusqu'à présent, et pourtant ces considérations ne peuvent pas être considérées comme valides au sens traditionnel du terme. Elles constituent l'idéologie collective partagée des juges. Pourtant elles sont également libres, non fixées et inarticulées ! J'y reviendrai plus loin, car il est temps maintenant de présenter la théorie du pronostic, que Ross a établie dans les premiers chapitres de *On Law and Justice*.

2 LA THÉORIE DU PRONOSTIC

Pour faire court, la théorie du pronostic est une théorie de la science juridique.¹⁹ La théorie du pronostic n'est pas une théorie du droit mais une théorie des propositions sur le droit. Selon cette théorie, les énoncés scientifiques sur le droit valide devraient être compris comme des pronostics de futures délibérations des juges dans les tribunaux.²⁰ Selon Ross, et en parfait accord avec son approche réductionniste que j'ai présentée plus haut, ces délibérations sont à

18 Ross (1946 : 146).

19 Ross (1958 : § 2, particulièrement pp. 9 et s.).

20 Ross (1958 : § 9, particulièrement pp. 42 et s.).

leur tour conçues comme fondées sur un ensemble abstrait d'idées normatives, qui sont ressenties par les juges comme socialement obligatoires.²¹ Ainsi, pour être en mesure de formuler une proposition de droit *vraie*, il faut pouvoir prédire quelles idées normatives abstraites les juges vont ressentir comme socialement obligatoires dans l'avenir.

La théorie du pronostic représente d'une certaine manière l'étape suivante de la réorientation de la science juridique, qui avait débuté avec la déconstruction de la raison pratique. Ceci se reflète dans le choix du cadre épistémologique. Ross écrit :

L'interprétation de l'étude doctrinale du droit présentée dans cet ouvrage repose sur le postulat que le principe de vérification doit s'appliquer à ce champ de la cognition – c'est-à-dire que l'étude doctrinale du droit doit être reconnue comme une science sociale empirique. Cela signifie que les propositions sur le droit valide doivent être interprétées comme se référant à /.../ des faits sociaux.²²

Cela est clairement de l'empirisme, mais ce n'est pas que cela. Si la remarque « le principe de vérification doit s'appliquer à ce champ de la cognition » doit être prise comme garantie, alors Ross ne plaide pas seulement pour l'empirisme, mais pour une version particulière de celui-ci – à savoir le positivisme logique.²³ Je ne développerai pas : il est bien connu que les critiques de cette approche des phénomènes sociaux en général, et des phénomènes juridiques en particulier, sont légions.²⁴

Il est maintenant intéressant de noter que la présentation par Ross de la théorie du pronostic a pour point de départ les sources formelles du droit. Ainsi, il dit que les propositions scientifiques à propos du droit se rapportent aux directives juridiques selon le modèle « A (assertion) = D est du droit valide » dans lequel par exemple D = l'article 62 du code du commerce.²⁵

Il est assez clair qu'une loi en vigueur fera partie de l'idéologie normative des juges dans les tribunaux. Mais comme Ross l'a soutenu, et comme je l'ai juste expliqué, les sources formelles du droit sont *sous-déterminées* dans le sens qu'il n'est pas possible de dériver quelque conclusion substantielle sur le droit sur la seule base du contenu normatif qui peut être trouvé dans les sources formelles

21 Ross (1958 : § 8, particulièrement pp. 14 et s.). pour une explication du concept de « socialement obligatoires ».

22 Ross (1958 : 40).

23 On trouve d'autres raisons de croire que Ross adhère au positivisme logique dans *On Law and Justice*, lorsqu'il écrit : « il n'y a qu'un seul monde et qu'une seule cognition. Toute science est en dernière instance concernée par le même corps de faits, et tous les énoncés scientifiques sur la réalité – c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas purement logico-mathématiques – sont sujets au test de l'expérience ». Ross (1958 : 67).

24 Pour les sciences sociales, v. par exemple Winch 1958. Pour la science juridique, v. par exemple Finnis (1980 : ch. 1).

25 Ross (1958 : 39).

du droit. C'est seulement en plaçant ces normes dans le contexte de considérations pragmatiques qu'il est possible d'arriver à une pleine compréhension du droit. Cela fait naître un défi pour la théorie du pronostic, car il semble que cette théorie ne puisse être soutenue comme paradigme de la science juridique que s'il est possible de la rendre opératoire en liaison avec les considérations pragmatiques pertinentes.

3 LA THÉORIE DU PRONOSTIC ET LES CONSIDÉRATIONS PRAGMATIQUES

Comme Ross l'a soutenu dans sa théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique, les considérations pragmatiques déterminent l'utilisation des sources formelles dans la pratique juridique aussi bien que dans la description théorique du champ du droit. Ainsi une science juridique qui se veut réaliste (c'est-à-dire qui a pour but de décrire le droit du point de vue de la pratique juridique) ne peut se passer d'elles. Ross le confirme dans *On Law and Justice*. Il écrit :

La doctrine juridictionnelle, toutefois, ne se limite pas aux propositions de ce modèle [et ici Ross se réfère au modèle « $A = D$ est du droit valide »]. Elle comprend, par exemple et parmi d'autres, des propositions concernant l'interprétation de D , c'est-à-dire de ces normes qui sont tenues pour du droit valide. De tels énoncés interprétatifs, peut-on dire provisoirement, visent à déterminer le sens de la directive en indiquant plus spécifiquement dans quelles circonstances elle a à s'appliquer, et dans ce cas, comment le juge a à se comporter.²⁶

Puisque la doctrine juridictionnelle comprend des propositions qui visent à interpréter les directives juridiques (et cela semble en effet nécessaire pour un juriste scientifique qui a l'intention de fournir réellement un compte rendu complet du droit, et non simplement de reproduire les mots disposés dans le droit écrit et dans les précédents), il devient important de connaître les critères permettant de dire que ces énoncés interprétatifs sont vrais ou faux. A première vue, cela semble aisé à comprendre. Suivant la théorie du pronostic, la vérité d'un énoncé interprétatif, comme pour toute autre proposition de droit, dépend du fait de savoir si le contenu normatif de la proposition correspond au contenu normatif qui est ressenti comme socialement obligatoire par les juges. Mais si nous retournons le problème et le regardons du point de vue du juriste scientifique – qui essaie de fournir un énoncé sur le droit valide (au sens que Ross donne à ce mot) –, les choses deviennent plus compliquées. De ce point de vue, la question essentielle devient : comment un juriste scientifique parvient à une formulation positive des considérations pragmatiques – ou comme Ross les nomme, dans *On Law and Justice*, à des énoncés interprétatifs. On ne peut

²⁶ Ross (1958 : 108) (italiques de H.P. Olsen).

facilement répondre à cette question puisque les considérations pragmatiques ne sont pas – à la différence des sources formelles du droit – disponibles dans quelques formes autoritaires ou posées. Cependant, puisque ces considérations sont indispensables, elles doivent prendre place dans le cadre de la théorie du pronostic. Si cela n'est pas possible, alors il semble bien que la théorie doive être abandonnée, ou au moins être modifiée.

Pour pouvoir incorporer les considérations pragmatiques pertinentes dans la théorie du pronostic, on doit être en mesure de les formuler comme contenu normatif (une idéologie), qui corresponde aux sentiments normatifs futurs des juges. Mais comment est-il possible de prédire quelles considérations pragmatiques les juges pourraient ressentir comme obligatoires ? Puisqu'elles sont, pour citer à nouveau : « des considérations libres, non fixées, souvent presque inarticulées, provenant /.../ des attitudes de comportement /.../ plus ou moins préméditées », ²⁷ il ne semble pas possible d'aller très loin. De plus, comme ces considérations pragmatiques n'existent sous aucune version formalisée, il appartient au juriste scientifique lui-même d'établir la formulation de ces normes. Mais cela semble impossible sans s'engager dans exactement ces mêmes considérations idéologiques dans lesquelles les juges sont impliqués. En d'autres termes, il devient impossible de séparer le raisonnement derrière le pronostic, du raisonnement derrière la pratique elle-même. C'est peut-être ce que Ross avait à l'esprit quand il admettait que tenter de formuler des principes d'interprétation est souvent identique à exposer des énoncés de politique juridique – c'est-à-dire des énoncés sur la manière dont l'auteur pense que les directives en question devraient être interprétées plutôt que des prédictions sur la manière dont les juges vont en fait les interpréter à l'avenir dans un tribunal. En fait, Ross semble admettre que la science du droit se confond avec la politique juridique. Il écrit :

une idéologie de la méthode [et par là Ross entend les principes de l'interprétation] ne peut pas être formulée avec la même précision qu'une idéologie des sources du droit, en particulier la partie de celle-ci concernant le droit édicté. On ne peut poser aucune règle fixée. Ce à quoi on peut parvenir de mieux peut être nommé un style de la méthode ou un style d'interprétation. Le degré de certitude des assertions concernant l'interprétation valide est par conséquent très faible. Dans ce cas /.../ les énonciations concernant le droit valide se confondent avec les directives de la politique juridique. ²⁸

Mais cela semble saper tout le raisonnement qui soutient la théorie du pronostic. Si en effet les normes positives, qui peuvent être trouvées dans les sources formelles du droit, dépendent de considérations pragmatiques pour la détermination de leur signification ; si les considérations pragmatiques sont d'une importance si considérable pour le droit positif qu'elles l'enserrent dans le sens que le droit positif n'a aucune signification sans elle ; et si en même temps

27 Ross (1946 : 143).

28 Ross (1958 : 109).

il s'avère que ces considérations pragmatiques ne peuvent pas être scientifiquement (c'est-à-dire objectivement) mais seulement politiquement (c'est-à-dire subjectivement) énoncées, alors le juriste scientifique doit *soit* se limiter à des énoncés qui seront admis par tout le monde, auquel cas sa recherche échappe à la controverse mais est dans le même temps dépourvue d'intérêt pratique, *soit* être suffisamment intrépide pour prétendre à la meilleure interprétation, auquel cas sa recherche deviendra contestée mais (du point de vue prospectif) pratiquement importante.

En fonction de ce que chacun attend de la science juridique, chacune des solutions peut être acceptable. Toutefois il est probable que pour la plupart des savants, une position quelque peu intermédiaire est préférable. Dans ce cas, la science juridique ne peut pas être pensée comme pure description des normes, dans le sens que propose Ross.²⁹ A moins que l'exposé du droit valide ne soit qu'un exercice lexicographique, il est obligé qu'il y ait des problèmes d'interprétation non résolus dans lesquels s'empêtrera l'auteur. Le vrai défi méthodologique pour la science juridique devient alors celui de traiter ces éléments subjectifs de manière responsable. Cela implique la construction d'une théorie des considérations pragmatiques, et puisque selon moi une telle théorie impliquera certaines formes de systématisation de ces principes, elle aura les mêmes effets qu'une théorie générale des principes juridiques fondamentaux.³⁰

En outre, selon la théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique de Ross, les sources fixées, autoritaires, sont incapables de fonctionner sans les considérations pratiques. Ross écrit que les considérations pratiques : « enclorent les normes fixées, et sont le sol dans lequel elles puisent en premier lieu leur vie et leur signification. »³¹ Puisque la signification des sources fixées, autoritaires, ne deviendra apparente que lorsqu'elles seront vues au travers du miroir des considérations pratiques, un pronostic scientifique des normes (les normes D dans la formule de Ross citée plus haut) qui seront ressenties par les juges comme socialement obligatoires ne peut apparaître que par une interprétation des normes fixées, autoritaires, à la lumière d'une théorie générale des principes juridiques fondamentaux. Cela signifie que la théorie générale des principes juridiques fondamentaux fonctionnera comme un cadre pour les prédictions. Cette théorie constitue le moyen par lequel les normes juridiques (c'est-à-dire les normes qui seront ressenties par les juges comme socialement obligatoires) peuvent être créées à partir des sources du droit fixées, autoritaires. Et exactement comme le juge, le juriste scientifique ne peut rien faire sans une telle

29 Ross (1958 : 19).

30 Ce n'est pas le lieu pour discuter ce à quoi pourrait ressembler une telle théorie, mais certains travaux de Ronald Dworkin pourraient être interprétés comme une tentative d'esquisse d'une théorie de ce genre. V. par exemple Dworkin 1994.

31 Ross (1946 : 143).

théorie. Car il doit présupposer la théorie pour être capable de prédire. Mais cela signifie, et voilà le problème crucial pour la théorie de Ross, que le cadre lui-même ne peut pas être défini en terme de prédiction. L'acte d'interprétation juridique, dans ce sens fondamental, précède l'acte de prédiction. On doit interpréter avant de prédire, et par conséquent l'interprétation ne peut pas faire l'objet d'une théorie du pronostic. Plutôt, la théorie du pronostic ne peut pas fonctionner sans interprétation *a priori*.

Ce n'est pas à moi de décider si mon argument est convaincant, mais s'il est considéré comme tel, alors on peut juger *prima facie* que la théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique de Ross est incompatible avec sa théorie du pronostic. Selon moi, la théorie du pronostic est pourvue d'une valeur explicative moindre que sa théorie des sources du droit pour la science juridique. De plus, la théorie du pronostic peut plus facilement être abandonnée sans compromettre les traits fondamentaux du travail de Ross, que sa théorie des sources du droit et de l'interprétation juridique. C'est pourquoi je propose de considérer que son adoption de cette théorie devrait être vue comme une tentative de développer ses travaux antérieurs, qui a échoué.

*Traduit de l'anglais
par Éric Millard.*

Bibliographie

- Peter BLUME, 2000 : Et common sense forsvar for prognoseteorien. *Juristen* (2000) 2. 76–81.
- , 2001 : Retsvidenskabens opgaver – duplik. *Juristen* (2001) 7. 287–289.
- Ronald DWORKIN, 1994 : *L'empire du droit*. Trad. fr. par Elisabeth Soubrenie. Paris : PUF.
- John FINNIS, 1980 : *Natural Law and Natural Rights*. Oxford : Clarendon Press.
- Michael D.A. FREEMAN, 1994 : *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. 6ème éd. Londres : Sweet & Maxwell Ltd.
- Jerome HALL, 1973 : *Foundations of Jurisprudence*. Indianapolis : The Bobbs-Merrill Company.
- Herbert L.A. HART, 2000 : Le réalisme scandinave. *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg* (2000) 4. 43–50.
- Henrik Palmer OLSEN, 2001 : Overraskelser og prognoser I retsvidenskab. *Juristen* (2001) 5. 173–185.
- Alf ROSS, 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*. Copenhagen : Levin & Munksgaard.
- Leipzig : Felix Meiner.
- , 1946 : *Towards a realistic Jurisprudence. A criticism of the dualism in law*. Copenhagen : Einar Munksgaard. Trad. angl. par Annie I. Fausbøll de : *Virkelighed og gyldighed i retslaeren* [1934]. Copenhagen : Levin & Munksgaard.
- , 1958 : *On Law and Justice*. Londres : Stevens and Son Ltd. Trad. angl. de : *Om ret og retfærdighed* [1953]. Copenhagen : Nyt Nordisk Forlag.
- Peter WINCH, 1958 : *The idea of a social science and its relation to philosophy*. London : Routledge & Kegan Paul.

Éric Millard*

Réalisme scandinave, Réalisme américain

Un essai de caractérisation

Le terme « réalisme » en théorie du droit désigne une posture générale, mais demeure assez flou. En réalité, deux écoles de pensée assez radicalement éloignées, quoiqu'à peu près contemporaines, ont contribué à donner les bases du réalisme moderne et actuel : le réalisme américain et le réalisme scandinave. Cette présentation vise à caractériser ces deux écoles, individuellement et comparativement, en fonction de leur contexte d'apparition, de leur conception du réalisme ou du réductionnisme empirique, et en fonction des conséquences de leur mobilisation.

Mots-clés : réalisme, empirisme, réductionnisme, épistémologie, analyse du droit

L'essentielle indétermination du mot « réalisme », autant que sa valeur symbolique positive dans la prétention à une analyse du droit, explique sans doute que ce terme soit mobilisé dans des contextes extrêmement divers, et que les scandinaves n'en aient pas le monopole.¹ Au-delà de qualifications complémentaires et ponctuelles (le réalisme supposé de l'École du service public en France par exemple), le courant réaliste se partage ainsi principalement entre un courant européen construit sur les bases épistémologiques révisées du Réalisme scandinave, et le réalisme que l'on dit américain.² Comparer ces deux courants, assez hétérogènes par ailleurs, n'a d'intérêt pratique que si on élabore ce faisant une grille de classification des doctrines qui permettrait d'en comprendre l'apparition et le devenir, et d'opposer des postures éventuellement inconciliables. Cela suppose des choix, parfois plus ardu qu'il n'y paraît de prime abord, sur l'objet et la méthode.

a) *L'objet d'abord.* Les frontières de ces deux courants sont extrêmement souples, et l'élément fédérateur, permettant d'inclure ou d'exclure telle doctrine déterminée, sujet à débat. Or si l'on retient un sens strict ou un sens large pour

* eric.millard@u-paris10.fr | Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre, Membre du *Centre de Théorie et Analyse du Droit* (UMR CNRS 7074), Co-Directeur de l'École de Droit et de Sciences Politiques.

1 V. Millard 2003 ; Strömholm & Vogel 1975. Pour une bibliographie extrêmement complète et multilingue du réalisme scandinave et des écrits portant sur ce courant, V. la postface de Faralli, Castignone & Ripoli 2000.

2 Sur le Réalisme américain en général, V. Michaut 2003 ; Michaut 2000 (comprend une très importante partie sur le réalisme et une bibliographie très complète).

chacun d'entre eux, ce ne sont ni les mêmes auteurs, ni les mêmes œuvres, ni surtout les mêmes fondements théoriques qui sont convoqués, avec bien évidemment des conséquences notables et des distorsions fortes dans l'élaboration d'une grille de classification.

Le problème est évident avec le Réalisme scandinave. Au sens strict, trois à cinq auteurs constituent ce courant : Hägerström,³ Lundstedt⁴ et Olivecrona⁵ ; auxquels on peut rajouter Phalèn (d'un point de vue généalogique davantage que critique en raison de l'absence de traces écrites accessibles) et Ross,⁶ dont on sait que déjà il reconceptualise le Réalisme scandinave *stricto sensu* à partir d'autres postures épistémologiques (positivisme logique). Cette appréhension stricte peut se réclamer d'une unité philosophique, largement démontrée notamment dans cet ouvrage par Carla Faralli.⁷ Mais au sens large, le Réalisme scandinave peut désigner, au prix d'un abandon de la référence géographique (que l'on maintient pourtant, puisqu'il faut bien distinguer cette « famille » d'autres formes de réalismes), un groupe plus large : celui que constituent ceux qui intègrent dans leurs propres analyses une épistémologie, ou des concepts pour partie tirés de la théorie générale du droit des premiers ; ceux que Otto Pfersmann propose de désigner comme empiristes radicaux,⁸ c'est-à-dire un certain nombre de juristes italiens (tels Riccardo Guastini ou Enrico Pattaro, sur des démarches différentes), hispano américains (Eugenio Bulygin ou Ricardo Guibourg) et pour partie français (la théorie française de l'interprétation en premier lieu). Or ici surgit une double difficulté pragmatique et théorique : d'une part, cette conception large aboutit à réduire l'unité que postulerait la qualification « Réalisme scandinave » au plus petit dénominateur commun (une forme d'empirisme logique), extrêmement réducteur par rapport au réalisme des scandinaves, au risque d'occulter leur véritable apport ; d'autre part, cette influence du Réalisme scandinave *stricto sensu* chez les auteurs classables dans le Réalisme scandinave *lato sensu* n'est pas exempte d'autres influences, dont le Réalisme américain justement, ce qui rend la tâche impossible puisqu'il s'agit de parvenir à une distinction claire entre ces deux courants (c'est particulièrement évident chez Michel Troper en France, comme chez les italiens, où le rôle de passeur de Giovanni Tarrello a assuré de longue date l'intégration des positions des réalistes américains).

Des réalistes américains, puisqu'il n'y a à proprement parler guère plus de facilités à cerner cette seconde forme de réalisme. Là encore, on peut essayer d'opposer une vision stricte et une conception large. Au sens strict, il s'agirait d'un

3 Comme introduction, V. Hägerström 1953.

4 Lundstedt 1956.

5 Olivecrona 1971.

6 Ross 2004.

7 Faralli 2014.

8 V. par exemple les actes du congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel 2002.

mouvement spécifique, historiquement daté (des années dix aux années quarante du vingtième siècle), qui regrouperait pour tout ou partie une vingtaine d'auteurs (dont les plus célèbres : Karl Llewellyn, Felix S. Cohen, Jerome Frank, Thurmond W. Arnold, Walter Cook, Hermann Oliphant, Hessel F. Yntema, etc.), que l'on peut saisir entre deux bornes théorico-chronologiques :⁹ la « naissance théorique » du mouvement autour de la controverse entre Llewellyn et Pound d'une part,¹⁰ sa « disparition paradoxale » lorsque Llewellyn en vient à déclarer qu'il n'y a plus de Réalisme puisque tous sont devenus réalistes. Il faudra y revenir, mais d'ores et déjà il convient de le noter, ce mouvement manifeste moins d'unité épistémologique que l'École scandinave, et apparaît davantage comme une alliance stratégique d'auteurs autour de la question de l'enseignement du droit. Au sens large, on intègre parfois volontiers dans ce mouvement ses précurseurs et son devenir : ses précurseurs comme Holmes,¹¹ Roscoe Pound (qui pourtant s'était nettement démarqué du réalisme au sens strict),¹² Brandeis, Cardozo, Frankfurter et donc toute l'École de la *Sociological Jurisprudence* ; son devenir c'est-à-dire finalement l'ensemble des grands courants de la doctrine juridique contemporaine en Amérique du Nord, des *Critical Legal Studies* aux courants *Law and Sociology* voire même *Law and Economics*.¹³ Le champ devient démesuré et c'est « un siècle de doctrine » que désignerait l'expression, unifiable autour d'un paradigme de la décision judiciaire.¹⁴

b) *La méthode ensuite*. Pourquoi comparer, et comparer pour quoi ? Deux postures au moins semblent possibles.

On peut d'abord s'attacher à regarder de manière dynamique si ces deux courants ont eu l'un sur l'autre une influence respective, et comment. A vrai dire, l'exercice est difficile (ce qui ne nous en dispense en rien) mais surtout d'un intérêt sans doute limité pour la théorie juridique. Si l'on retient chaque fois comme courant à comparer l'approche la plus stricte, c'est-à-dire celle qui révèle au maximum l'unité de pensée de chacun d'entre eux, on constate sans trop de difficultés l'absence d'influence avérée. Courants concomitants (dans la première partie du vingtième siècle) répondant à des contextes très différents (*Common law* versus systèmes de droit écrit notamment), ils se développent en parallèle, dans une ignorance réciproque qu'expliquent certainement la diffé-

9 V. notamment les écrits du principal théoricien du Mouvement lui-même, Karl Llewellyn, tous repris dans Llewellyn 1962, et particulièrement : Llewellyn 1930 & 1931. Rappelons que ces essais de Llewellyn visent d'abord à recenser et théoriser (*a minima*) une pratique doctrinale antérieure, que l'on fait ordinairement remonter à l'article de Bingham (1912 : 1-25 & 109-121).

10 Sur cette controverse, V. notamment Hull (1987 : 921-969).

11 V. notamment Holmes (1897 : 457 s.).

12 Pound (1931 : 697-711).

13 Cf. Harnay & Marciano 2003.

14 Michaut 2000.

renciation linguistique et heuristique. Tout au plus peut-on assister, lorsque les scandinaves à la recherche d'une plus grande publicité font la démarche d'une exposition internationale en langue anglaise (essentiellement après 1945 grâce aux écrits et voyages de Ross, et à la création de la *Scandinavian Studies in law*,¹⁵ même si Olivecrona fait paraître en anglais, mais à Copenhague, son premier *Law as Fact* dès 1939), à une forme de reconstruction de la pensée scandinave à destination des juristes sinon américains, du moins analytiques, et en retour à une réception, souvent critique.¹⁶ Si au contraire on prend les courants à comparer dans une appréhension plus large, l'incertitude des démarches et l'ampleur comme la diversité des écrits à prendre en compte en viennent à ne plus rien pouvoir dévoiler sinon des tautologies, d'autant que, comme on l'a souligné, le Réalisme scandinave au sens le plus large est déjà une lecture métissée des réalismes américains et scandinaves au sens strict.

On peut ensuite s'essayer à une comparaison « structurale » des doctrines, c'est-à-dire à partir d'éléments considérés comme constituant le noyau dur de l'appartenance à tel ou tel courant : épistémologie, théorie générale, position par rapport à un problème institutionnel, etc. Cela suppose pour l'essentiel que l'on s'en tienne aux délimitations les plus strictes, pour dégager les lignes de force les plus précises et nombreuses possibles, et que l'on s'abstienne de rechercher la réalité des débats historiques entre courants pour aborder l'analyse des positions comme objets. On émettra alors des propositions théoriques sur les ressemblances et les différences, qui peuvent guider une analyse de la cohérence de telle théorie donnée. L'objectif ne peut être donc que de rechercher éventuellement un possible syncrétisme (ou d'évaluer ce syncrétisme lorsqu'il s'est produit : dans certaines doctrines du Réalisme scandinave au sens large), ce qui n'est pas totalement dépourvu d'intérêt en théorie générale du droit. Quatre thématiques centrales dans le réalisme semblent alors devoir s'imposer sans prétendre à l'exhaustivité : la conception même d'un courant réaliste, le contexte institutionnel pesant sur l'émergence du mouvement, le degré de réductionnisme adopté et la compatibilité épistémologique d'une adhésion à un mouvement réaliste.

1 LA NOTION DE RÉALISME DANS LES MOUVEMENTS CONSIDÉRÉS

Il n'est nul besoin ici d'être long, car les observations proposées valent pour les deux mouvements et conduisent à relativiser la pertinence de l'auto-qualification « réaliste »

15 Revue comportant des traductions en anglais des principaux écrits scandinaves (dont des écrits réalistes).

16 Hart (qui est anglais) (2000 : 43–50).

a) Le terme réaliste est mal choisi car il ne répond pas à une utilisation philosophique rigoureuse. De ce fait il introduit une ambiguïté. Rien à voir ici avec le réalisme platonicien, ni même, bien au contraire, avec l'idée que le droit (ordinairement conçu) est réel. Nombre de réalistes, et notamment les scandinaves, sont clairement et de manière très déterminée nominalistes : les mots (dont les mots du droit) sont des concepts vides, dénués de signification. Le terme réaliste est alors pris dans un sens extrêmement banal : ramener le discours sur le droit au discours sur ce qui existe, sur ce qui est réel, en s'obligeant ainsi à définir empiriquement (et stipulativement) les faits de réalité que l'on désigne comme droit (« ce que font ces personnages officiels au sujet des conflits constitue à mes yeux le droit lui-même »).¹⁷

b) Le terme réaliste est néanmoins valorisé. Cela apparaît clairement avec le présupposé philosophique scandinave de la thèse de la réalité chez Hägerström, qui construit l'opposition essentielle entre le réel et le métaphysique. Pour d'autres raisons chez les américains, et notamment des raisons stylistiques et rhétoriques (il suffit de songer notamment à la mobilisation des termes dans la réponse de Llewellyn à Roscoe Pound : « un peu de réalisme à propos du réalisme »).¹⁸

c) Et donc en définitive, le terme réalisme suppose dans les deux cas la satisfaction d'exigences semblables, que l'on pourrait ici regrouper comme programme d'action minimal des thèses dites réalistes, dans ces deux contextes :

- La séparation de l'analyse juridique et des éléments moraux (le slogan *Law without value* hérité par les réalistes américains de Holmes — même si tous ne s'y tiendront pas), notamment dans le vocabulaire mis en œuvre chez les scandinaves (la critique chez Lundstedt par exemple des soi-disant droits et obligations).
- Le scepticisme à l'égard des règles, et en conséquence le scepticisme quant à l'analyse de l'opération de décision judiciaire comme calcul logique à partir de règles : soit notamment que l'analyse déontique soit impossible en raison de l'absence de signification des énoncés supposés en constituer les prémisses (les réalistes scandinaves, au moins dans une formulation proche du positivisme logique, c'est-à-dire essentiellement chez Ross et Olivecrona, à partir des années quarante), soit que la décision soit présentée comme une autre forme d'opération (par exemple chez Jerome Frank la fameuse « équation » de la décision judiciaire),¹⁹ mettant en évidence une interprétation qui

17 Llewellyn (1951 : 12).

18 Llewellyn 1931.

19 D (la décision) = S (stimuli reçus par le juge) $\times$ P (sa personnalité), in : Frank 1949.

est tout sauf une interprétation stricte et mécanique d'un énoncé non situé (par exemple le recours au Grand style d'interprétation chez Llewellyn).²⁰

- Le recours à une méthode de type globalement analytique ²¹ refusant les affirmations générales et métaphysiques (le cri de guerre d'Hägerström rapporté par Cassirer : « il faut éliminer la métaphysique »).²²
- La place importante donnée aux éléments psychologiques, sociologiques, et aux comportements, dans l'élucidation du phénomène juridique, même si la capacité explicative attribuée à ces éléments varie fortement, y compris au sein d'un même courant.
- En dernier lieu, une conception des propositions de la « science du droit » (le terme pourrait être sujet à débat tant il paraît parfois étranger au réalisme américain) ou de la doctrine comme des propositions prédictives du comportement futur des juges : dire que la Norme N est une norme juridique revient à prédire que dans un cas semblable, un juge appliquera cette norme, c'est-à-dire tranchera le litige en se référant à cette norme (comprise comme une signification).

2 LE CONTEXTE AUQUEL REPOUND LA THÉORIE

Il semble de prime abord tentant de souligner que ces deux courants se rattachent à deux traditions juridiques différentes, qui leur donneraient des colorations différentes : la tradition de *Common Law* pour le Réalisme américain, la tradition romano-germanique pour le Réalisme scandinave. Sans nier ce fait, il ne doit néanmoins pas être surestimé. Parce que notamment il s'agit de proposer des théories générales du droit, il doit dans chacun des exemples étudiés (et particulièrement dans celui du Réalisme scandinave qui revendique cette prétention) y avoir une possibilité explicative de la structure du droit au-delà des spécificités réelles de tel ou tel système déterminés. Et parce que les influences avouées (et recherchées) transcendent cette opposition, notamment chez les réalistes américains qui se réclament aussi des Écoles du droit libre (comme Ehrlich en Allemagne ou Gény en France), apparues de la prise en considération du caractère vivant (non mécaniste) du droit dans des contextes (en particulier s'agissant des sources du droit et de leur éventuelle hiérarchisation) fort différents.

20 Llewellyn 1960. « Là où la raison s'arrête, la règle s'arrête ». Sur le Grand style, V. notamment Michaut (2000 : 187-195).

21 Dans les deux sens du terme, juridique (chez les américains parfois) et philosophique (chez les scandinaves souvent), cette dernière étant sans doute plus exigeante, mais mise en œuvre complètement chez le seul Ross.

22 Cassirer 1996.

En revanche, même si cela peut paraître à première vue marginal, je crois qu'un contexte particulier doit être souligné au regard de la cristallisation de ces deux mouvements. Il s'agit du contexte universitaire, et particulièrement du débat et des données relatifs à l'enseignement et la recherche juridiques. Ces particularités institutionnelles ne sont neutres ni au regard de l'expression d'un besoin générique de théorisation empirique, ni au regard de la diffusion des théories proposées. Les deux courants apparaissent en se voulant des réactions et des ruptures radicales avec la manière dont le droit est pensé et enseigné.

Carla Farrali le montre ailleurs dans cet ouvrage pour ce qui est du Réalisme scandinave, d'Hägerström notamment. Il s'agit d'abord de rompre avec la tradition idéaliste d'inspiration allemande dans la philosophie générale, et plus particulièrement avec ses déclinaisons scandinaves représentées par Boström, dont les systématisations avaient alors rang de vérités officielles.²³ Il s'agit ensuite de faire émerger une véritable philosophie juridique qui n'existe pas, délaissée par la philosophie du droit des philosophes (qui fonde le jusnaturalisme dominant) et la progressive technicisation de l'enseignement juridique (qui néglige tant l'épistémologie que les questions morales), fruit à la fois du positivisme et des modalités relatives aux programmes des facultés : dans les facultés suédoises notamment, la philosophie du droit a longtemps été l'apanage des facultés de lettres, avant de devenir une matière « négligée » du programme des facultés de droit ; au Danemark, la théorie juridique était davantage reconnue (notamment grâce à Vinding Kruse), mais sur des fondements pragmatiques auxquels s'attaque le Réalisme. Dans un système relativement clos (peu d'universités, donc peu de chaires et peu de débouchés pour des publications), volontiers à la recherche de l'homogénéité (voire du statut officiel) de la pensée qui engendre nécessairement le traditionalisme et le conservatisme, l'apparition du Réalisme est une remise en cause radicale de l'enseignement général de la philosophie et de l'enseignement du droit. Il faut ajouter l'enjeu politique qui, face à une université marquée par l'engagement conservateur des personnalités marquantes, anime le réalisme d'Hägerström ou de Ross, clairement sociaux-démocrates, et s'attachant à bâtir une théorie susceptible de rendre la chose publique au débat populaire (la séparation de la science et du politique, du fait et des valeurs).

Le Réalisme scandinave ne semble donc pas être une réponse à une demande de renouvellement ressentie par le système universitaire lui-même, mais une proposition de renouvellement, minoritaire. Cela contribue à éclairer les difficultés d'implantation. Vinding Kruse s'opposera durant dix années à la reconnaissance de la thèse de Ross (qui devra aller chercher à Uppsala la reconnaissance universitaire, par Hägerström et à la Faculté de lettres, de son travail initié avec Kelsen²⁴ et sera contraint de soutenir une seconde thèse, validée cette fois

23 Sur toutes ces questions, V. Strömholm & Vogel (1975 : 6 s.).

24 Ross 1929.

ci, mais tout aussi critiquée par l'Université danoise),²⁵ puis à sa nomination comme professeur. En Suède, les enseignements de théorie générale du droit ne sont définitivement assurés qu'à compter des années soixante (mais Hägerström et Lundstedt sont morts, et le réalisme d'Olivecrona s'inspire déjà largement, comme celui de Ross, de la philosophie anglo-saxonne). Le courant Réaliste, contraint au statut d'éternel opposant, doit toujours s'efforcer de convaincre, voire de convertir,²⁶ en dépit d'une reconnaissance locale et internationale. De ce fait surgit la difficulté du Réalisme scandinave à perdurer dans ses patries d'origine par delà les travaux et enseignements du cercle de départ.²⁷ Il n'est pas non plus, mais dans une moindre mesure, une réponse à une demande sociale, et notamment des professions juridiques, même si pour une large part il est lié au développement de la social-démocratie, qu'il va (à la notable exception des errements d'Olivecrona) servir.

Le Réalisme américain apparaît dans un cadre totalement différent. D'une part, il convient de noter qu'à la différence de ce qui se passe habituellement en matière de construction d'une école théorique (et le Réalisme scandinave n'y échappe pas), le Réalisme américain n'est pas en premier lieu une école d'universitaires : nombre de ses représentants sont des praticiens du droit amenés à réfléchir sur leur pratique, et non des enseignants. Cela a bien sûr un effet sur l'enseignement (critique de l'enseignement traditionnel, revendication d'une rénovation des pré requis attendus de la formation universitaire) ; mais la liaison entre le lieu d'expression des positions théoriques et la reconnaissance par le système universitaire est plus ténue : il existe un marché éditorial et des revues professionnelles en dehors du système (ou plus exactement dans un autre système). D'autre part, le Réalisme américain apparaît au moment où le système universitaire américain connaît une profonde mutation. Les Réalistes sauront s'inscrire dans le paysage nouveau, et saisir des moyens leur permettant d'assurer la liaison entre une revendication sociale d'un renouvellement et la reconnaissance institutionnelle d'une théorie, d'autant qu'ils s'appuient sur des précédents, et sur des demandes fortes.

A l'inverse d'abord de ce qui se passe en Europe, les réalistes américains n'apparaissent pas en rupture des expériences théoriques précédentes, mais dans leur prolongement : Holmes, Pound, la *Sociological jurisprudence* sont passés avant pour légitimer un déplacement de l'interrogation sur le droit (le *Law in*

25 Ross 1934 (c'est ce texte qui donnera ensuite l'essentiel de sa première grande traduction en anglais : Ross 1946).

26 La manière dont Lundstedt rend compte de sa découverte et de son adhésion aux thèses d'Hägerström est à cet égard significative (Lundstedt 1956, particulièrement l'introduction), tout comme le portrait qu'en dresse Ross dans *Tû-Tû* (2004 : 108, note 5).

27 Les juristes postérieurs sensibles aux approches réalistes seront en fait davantage happés par l'analytisme juridique (dans la lignée de Ross) que par le Réalisme *stricto sensu*, à l'exception, pour certains travaux, de Ekelöf et Strömberg.

action)²⁸ et Llewellyn revendique un statut d'héritier davantage que de révolutionnaire. Peu importe de trancher ici : l'essentiel est que l'opinion intellectuelle soit déjà familiarisée avec des conceptions juridiques qui ne lui rendent pas les propositions réalistes inacceptables *a priori*.

Or non seulement l'opinion va les accepter, mais elle va même contribuer à les produire et les légitimer, dans la mesure où elles répondent à une demande de l'opinion, et d'une opinion entendue au sens très large. Finalement, la démarche de Holmes et Pound que relaient les Réalistes prend racine dans le décalage de plus en plus perceptible qui s'est établi entre l'enseignement du droit et sa pratique. Au *credo* de Langdell (« tout ce qui est à savoir est contenu dans les livres imprimés ») qui fait de la bibliothèque (harvardienne, nécessairement) le laboratoire de la science du droit, Holmes puis Pound opposent les réalités du droit effectif, et c'est à une compréhension plus large de ces réalités que les Réalistes invitent. Au discours de l'universitaire observateur dans sa tour d'ivoire (qui s'impose dès lors que les universités américaines se mettent à salarier un corps spécialisé de professionnels de l'enseignement), des praticiens répliquent par une appropriation de la chose universitaire par excellence, la théorie, sans nécessairement lier cette appropriation à l'Université (ce qui est aussi une manière de la déposséder) : Jerome Frank, pour ne citer que lui, publie son ouvrage essentiel : *Law and the modern Mind*²⁹ sans avoir jamais enseigné ; et s'il lui arrivera ensuite de prendre la charge de quelques cours, sa carrière se fait ailleurs (dans les cabinets d'avocats, dans l'administration publique sous Roosevelt, finalement comme juge). Quant à Cardozo, Frankfurter, Brandeis ou Holmes, même s'ils ont enseigné, c'est à la Cour Suprême qu'ils trouvent leur positionnement, et c'est en tant que juges « philosophes du droit » qu'ils restent dans les *case books* américains.

Cette demande des praticiens n'est certes pas désintéressée (il y a une réaction comme un lobby des professionnels, et notamment des avocats), mais c'est aussi ce qui garantit son succès : comprendre ce qui se passe réellement quand un juge va devoir trancher un cas (« la prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, voilà ce que j'appelle le droit » disait Holmes),³⁰ au moyen de toutes les possibilités cognitives, empiriques (Oliphant), ou psychanalytiques par exemple (Frank). La réponse prend souvent la forme d'une feuille de route, adressée aux autorités universitaires, comme lorsque Oliphant, professeur alors à Columbia, prononce son célèbre discours devant l'Association des facultés de droit américaines (et c'est le journal du barreau qui le publie),³¹ ou lorsque Frank plaide

28 Pound (1910 : 12 s.) ; rappelons deux textes qui précèdent ce manifeste : Pound 1905 & 1907.

29 Frank 1930.

30 Holmes 1897.

31 Oliphant 1928.

(après d'autres)³² pour les « Cliniques du droit » (un enseignement de la pratique par la pratique) dans le cursus universitaire³³ : à Langdell il répond que la pratique du droit (qui consiste par exemple pour l'avocat à 1) prévoir et anticiper une décision future d'un tribunal dans un procès déterminé à propos d'un client défini et 2) gagner ce procès spécifique c'est-à-dire obtenir du tribunal précité la décision conforme aux souhaits de son client) n'est pas une science mais un art, qui demande un apprentissage par la pratique. Ce qui fait alors l'originalité de la démarche réaliste à cette époque est le besoin, mûrement réfléchi, d'allier la dimension pratique et la dimension réellement théorique (pour la déconstruction du droit aux fins de mieux l'enseigner, pour bien l'utiliser).

La demande des praticiens sera renforcée par la demande politique. Le New Deal trouvera dans le Réalisme américain (comme la social-démocratie scandinave dans le Réalisme scandinave) un vivier d'intellectuels qui s'engagent (en particulier dans l'administration et dans les fonctions judiciaires), et une théorisation conceptuelle qui réintroduit le social et se tourne vers l'action.

Or si très largement cette demande sociale remet en cause la professionnalisation des facultés de droit à laquelle la position langdellienne conduisait, les Réalistes vont savoir profiter de cette professionnalisation et des mutations qu'elle induit dans le paysage universitaire. Au modèle hégémonique d'Harvard (recrutement élitiste et discriminatoire, traditionalisme pédagogique, même corrigé par l'enseignement de Holmes et le décanat de Pound) s'oppose alors trois tentatives alternatives : Columbia, Yale et John Hopkins. Il n'est pas neutre que les Réalistes aient largement contribué à ces trois tentatives (et que Cook ait participé à toutes successivement et de manière décisive), non plus que Pound ait mal accueilli le Réalisme dans un contexte de concurrence vis-à-vis de sa propre université.

Walter Wheeler Cook est nommé doyen de Columbia en 1919 alors que l'université new-yorkaise peine à suivre Harvard dont elle a largement adopté le modèle.³⁴ Il fait venir à Columbia Oliphant et s'allie à William Underhill Moore pour repenser le modèle pédagogique en appliquant la *Sociological jurisprudence* à l'enseignement du droit. Si Cook quitte vite Columbia pour retourner à Yale (1922), Oliphant et Moore vont s'entourer de jeunes juristes (Llewellyn, Yntema, William O. Douglas notamment) pour constituer le noyau dur du mouvement réaliste dans l'université, et s'attacher à proposer un cursus davantage dirigé vers les préoccupations théorico pratiques (notamment les considérations sociales et économiques en lieu et place de l'approche dogmatico-doctrinale), et redévisé autour de structurations opératoires (aux divisions académiques classiques

32 V. notamment Stone 1912 ; Kales 1912.

33 Frank 1933.

34 Sur l'histoire du mouvement réaliste dans l'université américaine, V. Twining 1973 et Kalman 1986.

sont substituées des approches plus globales, alliant sur des grandes questions données le point de vue de diverses disciplines, juridiques et non juridiques au sens classique du terme : par exemple le cours d'Oliphant en 1922, consacré à la réglementation du commerce, repose sur des matériaux relevant, entre autres, du droit des contrats, de celui de la responsabilité, du droit syndical et du droit pénal, mais aussi de l'histoire économique et – sacrilège dans la tradition de *Common Law* – de la législation fédérale et étatique). De longues discussions suivent au sein de la Faculté, que les autorités de Columbia tranchent en 1928 dans un sens défavorable aux Réalistes. Alors que certains d'entre eux, comme Llewellyn par exemple, restent à Columbia malgré l'échec de la réforme (et vont poursuivre leur action en faveur de celle-ci par d'autres voies, dont les fameux manifestes de 1930–1931), la plupart quittent New York. Deux groupes se constituent, dont les choix stratégiques, largement conditionnés par leurs approches épistémologiques, révèlent la portée pratique du mouvement. En 1928, la John Hopkins University de Baltimore avait fondé un Institut d'études juridiques, qui accueille une partie des « scientifiques » (Yntema et Oliphant notamment). Dans la lignée de Cook qui le dirige, ceux-ci privilégient les études empiriques (notamment la méthode expérimentale et la constitution d'une science sociale du droit), mais ils se désintéressent quelque peu de l'enseignement et du processus psychologique, culturel, et social, de la décision ; répondant mal à la demande socio universitaire, l'expérience prend rapidement fin. Il en a été tout autrement de Yale. Sous l'impulsion de Corbin, professeur depuis 1903, puis de Hohfeld et Cook, la Faculté de droit, qui vivait dans l'ombre tutélaire de la toute proche Faculté d'Harvard (mais demeurait dans une pédagogie pré-langdellienne), prend de l'importance, et innove en essayant de combler le fossé entre la pratique et la théorie (fossé que dénonce Corbin)³⁵ et en introduisant des considérations hétérodoxes : un modèle darwinien (évolutionniste) du droit, un inductivisme méthodologique (dans la compréhension des règles de droit à partir des faits et des cas), enfin un accent mis autant sur l'analyse des faits de l'espèce que sur l'étude de la doctrine et des précédents. Ce sont ces enseignements qu'a suivis notamment Llewellyn, et même si Corbin partage certaines idées du modèle langdellien (la croyance dans la démarche scientifique qui, chez Corbin, se traduit par le scepticisme à l'égard des règles, et le recours à d'autres démarches cognitives), c'est dans le Yale de Corbin que les Réalistes vont construire leur tête de pont. Après la crise de Columbia, et avec la nomination de Robert Maynard Hutchins comme doyen (il quittera Yale en 1929 mais a joué un rôle très actif dans la transition), Yale va sensiblement appliquer le programme revendiqué par les Réalistes (notamment l'intégration du droit et des sciences sociales) et, à la fois grâce à ceux qu'elle attire (par exemple Arnold, Clark, et Hamilton), et au renfort d'une partie de ceux qui quittent Columbia

35 Corbin 1914.

(Douglas, Moore, notamment), s'imposer en une dizaine d'années comme université de référence, établissant par là même le courant théorique qu'elle défend, et garantissant sa diffusion et son ancrage dans l'ensemble de la matière juridique en Amérique du Nord (le « Nous sommes tous des réalistes maintenant » de Llewellyn). Or ce succès se fait au détriment de la cohérence théorique (les « scientifiques » échouent à John Hopkins, comme les scandinaves finalement), à moins que ce soit cette absence de cohérence qui génère le succès. Peut-on dès lors parler de succès ? De ce point de vue, on peut être hésitant et trouver plus exact de dire avec Llewellyn, mais en interprétant l'expression contre lui : « il n'y a plus de Réalisme ».

3 LE RÉDUCTIONNISME ET SES IMPLICATIONS

C'est une banalité que de dire que les deux mouvements considérés procèdent à une remise en cause du statut de la règle qui se traduit par :

- a) Un scepticisme à l'égard des règles.
- b) Une reformulation du rapport entre l'élément normatif (la validité) et l'élément d'effectivité (la réalité).

c) Un réductionnisme, plus ou moins affirmé et assumé, du droit à l'effectivité (la réalité, et particulièrement la pratique réelle des tribunaux) ; la normativité est conçue comme un complexe d'éléments socio psychologique (la croyance dans l'existence d'un impératif ou la compréhension d'une directive, l'habitude, l'éducation et l'idéologie notamment) et d'éléments d'autorité (détermination du sens dans la concrétisation effective du cas, force publique, etc.).

Ce réductionnisme appelle nécessairement une forte imbrication avec les sciences sociales empiristes, et notamment la sociologie. Mais les implications pratiques de cette imbrication et l'épistémologie de ce réductionnisme sont différemment comprises.

Les réalistes américains assument finalement à première vue assez bien la position pratique dans la lignée du *Law in action* et du *Rule skepticism*, qui les conduit à réduire le droit au produit du juge. Mais à partir de là, deux voies s'avèrent possibles et coexistent effectivement au sein du Réalisme américain, créant une sorte de rupture (qu'illustre en partie la séparation Yale/John Hopkins après l'échec de l'expérience à Columbia).

Pour ceux que l'on a qualifié de « scientifiques », le réductionnisme conduit à une démarche purement empirique qui va permettre des études sociologiques (le *behaviourisme* est convoqué) et quantitatives.³⁶ Il s'agit ainsi de fournir des

³⁶ On trouvera un pré programme en ce sens dans le discours de W.W. Cook à John Hopkins sept ans avant la création de l'institut : Cook 1921.

méthodes « scientifiques » permettant l'obtention par le droit d'objectifs déterminés. Cependant, et en dépit d'un effort pour ancrer cet empirisme dans une réflexion cognitive, et d'une volonté d'adopter le modèle du développement des sciences dures (Cook et Hohfeld s'inspirent des mathématiques, Corbin des sciences de la vie, et tous développent les idées selon lesquelles il est nécessaire face au cas de distinguer et classer, de tenir compte aussi de la démarche interprétativo-décisoire fondée davantage sur la formation et l'habitude que sur l'opération logique à partir de règles perçues comme des symboles vides), nous avons vu qu'elle ne parvient pas à se généraliser parce qu'elle ne correspond pas totalement aux attentes (particulièrement parce qu'elle se constitue autour de la question cognitive, même si elle ne fait jamais totalement abstraction de l'évaluation des objectifs).

En contrepoint, chez les « juristes » ou pragmatiques, le réductionnisme réaliste va favoriser la prise en compte de la dimension culturelle et institutionnelle de la décision judiciaire, qui est alors théorisée à partir d'une posture sceptique : d'une part, il s'agit de montrer bien sûr que la décision n'est pas le produit dérivé logiquement d'une règle existante, et à cet égard l'effort porte sur la revalorisation de la prise en compte des faits du cas, et sur la revalorisation behaviouriste de l'interprétation (l'intuition opposée à la logique notamment). Mais dans une posture qui s'assume aussi comme prescriptive, la recherche n'est pas exempte d'une théorisation de la « bonne décision », c'est-à-dire de la décision « juste ». Il ne suffit pas de rendre compte de celle-ci empiriquement, au travers d'un processus socio psychologique ; il s'agit véritablement de prendre en compte la dimension psychologique (individuelle) et sociologique (culturelle et institutionnelle) dans leur deux implications : explicative du droit effectif, et comme méthode devant guider l'interprétation (quand ce n'est pas évaluer – donc déterminer – les objectifs). Llewellyn a beau refuser l'élément purement prescriptif (des règles formulées par les juristes à partir de l'observation de la pratique judiciaire, on ne peut inférer aucune obligation pour le juge de les appliquer), il demeure qu'il formule une prescription pragmatique (analytique et non axiologique), l'élucidation des processus de décision débouchant sur l'impératif hypothétique (si vous voulez *A*, alors il faut faire *B*), qui se transforme aisément en impératif moral (ce que doit être le rôle des autorités qui font le droit).³⁷ Si on perçoit de ce fait l'intérêt pratique que le Réalisme américain rencontre de ce fait, tant chez les professionnels du droit que dans la sphère politique et citoyenne, on comprend en même temps toutes les ambiguïtés qu'il fait naître (et sur le fondement desquelles se constitueront les écoles postérieures « continuatrices » du Réalisme), entre théorie juridique et théorie politique, au risque de faire disparaître l'objet droit.

37 Llewellyn (1962 : 167 et s.).

Dans le même temps, chez les Réalistes scandinaves, le réductionnisme s'assimile davantage à une reconstruction. La notion de validité (l'élément proprement normatif conçu dans son abstraction) n'est pas niée, mais repensée, à partir de l'effectivité qui répond au souci scientifique (l'empirisme). Elle ne réside pas dans le caractère d'obligation appartenant à une norme qui existerait en tant que telle (dans une conception duale du monde, celui du réel, celui des normes), mais dans le sentiment d'obligatorité (la croyance de devoir – ou de droit, ce qui revient au même) présent (et construit) chez les citoyens (pour Olivecrona) et/ou chez les juges (pour Ross). Le réductionnisme, qui permet de saisir les règles à partir de la pratique judiciaire (le fait empirique), autorise une reconstruction du rapport règle-concrétisation (la norme), pour rendre compte d'un fait : celui que les autorités judiciaires (notamment) tiennent certains énoncés pour des règles, c'est-à-dire comme, d'une part, dotées d'un sens (qu'en réalité elles déterminent dans la concrétisation), d'autre part, dotées d'une validité (elles constituent une directive – Ross –³⁸ ou un commandement autonome – Olivecrona –³⁹ de faire quelque chose). Cette validité est donc reconstruite, grâce au réductionnisme, comme une pseudo rationalisation (donc un acte non logique, mais qui s'en donne les apparences : déduire la solution de la règle) de divers éléments socio psychologiques, pour conduire à l'obéissance (le respect des règles). Le maintien d'une validité reconstruite éloigne le Réalisme scandinave du réductionnisme sociologique ou psychologique : l'empirisme redéfinit l'objet, mais laisse place à une analyse essentiellement juridique (aux côtés de la sociologie et de l'histoire, qu'elle complète de manière indispensable), celle du langage ; langage de l'énonciateur de la directive (et ici, évidemment, il y a une démarche que renforcera la théorie des performatifs) ; langage de la pseudo rationalisation au travers de l'analyse critique de l'argumentation judiciaire. La science du droit ne se donne donc plus pour objet de rendre compte de normes en soi valides, non plus que de décisions en soi détachées de règles ; elle rend compte de l'idéologie des juristes, qui s'exprime dans l'articulation de deux discours.

Deux conséquences au moins s'attachent au réductionnisme ainsi mené, qui sont étroitement liées. La première tient au contexte : la difficulté d'imaginer une approche réaliste qui se décline au-delà de la théorie générale (principalement œuvre de déconstruction), pour réaliser concrètement le travail scientifique. Malgré un engagement réel des Réalistes scandinaves dans la chose publique (par exemple Lundstedt à la Diète suédoise, Ross dans la vie intellectuelle, à la Cour européenne des droits de l'Homme, ou dans les comités d'experts rédigeant la constitution danoise),⁴⁰ et malgré la reconnaissance du rôle que joue la

38 Ross 1958.

39 Olivecrona 1939.

40 V. Millard, « Présentation », in : Ross (2004 : 1–9).

science juridique dans le mécanisme de pseudo rationalisation (les pronostics de la science du droit influencent les juges, et la doctrine juridique se prononce également sur des questions non scientifiques, des propositions *de lege* ou *de sententia ferenda* par exemple), le parti pris d'une démarche purement descriptive (empirique et/ou analytique), et d'une analyse critique du langage juridique comme science propre, rencontrent la difficulté de collaboration interdisciplinaire qu'impose un tel réductionnisme d'une part (c'est toute la question de la sociologie du droit et de la conception d'une science syncrétique de deux regards sur le même objet), l'obstacle de la difficulté à reconstruire théoriquement et utilement l'objet droit d'autre part (obstacle comparable à celui qu'avaient rencontrés les américains « scientifiques »). La seconde conséquence est que pour lever ces obstacles, au moins partiellement, les Réalistes scandinaves sont contraints de mobiliser de nouvelles démarches, issues de la philosophie analytique et de la philosophie du langage, au risque de remettre en cause la spécificité et l'originalité de leur École théorique.

Le réductionnisme conduit d'un côté les américains à réintroduire la prescription (même repensée), de l'autre il oblige les scandinaves à importer le positivisme logique et la philosophie moderne contre Hägerström. S'il montre les limites pratiques des postulats de départ (ce qui ne traduit rien d'autre que le processus normal du développement d'une idée, et le changement normal de paradigme qu'elle induit), il accentue la différence entre les deux courants : possiblement comparables dans leurs versions initiales (celles qui appellent le réductionnisme), ils s'opposent du tout au tout dans leur résultat théorique une fois le réductionnisme pratiqué, révélant des significations différentes dans l'auto-qualification « réaliste ».

4 LA PORTÉE D'UNE ADHÉSION À L'UN OU L'AUTRE DE CES RÉALISMES

Une idée énoncée par Llewellyn permet de se faire une opinion assez correcte du fossé qui sépare les deux approches : le Réalisme [américain] est une méthode d'analyse que l'on peut adopter quelle que soit notre conception du droit (valeurs ou force), de la théorie du droit (méta science ou philosophie morale), et de la doctrine du droit (descriptive ou pratique). Ce n'est donc pas une épistémologie, et il est révélateur que l'expression *Legal science* n'a guère cours dans les universités américaines : la révolution réaliste (puisque en ce qui concerne le devenir de l'enseignement du droit elle a produit des effets) ne se situe pas du côté de la science, mais du côté de la réflexion (au sens large) sur la pratique et sur sa dialectique avec l'action. Pour les nord-américains au moins, le réalisme est une boîte un peu fourre-tout, dont Llewellyn reconnaissait qu'on pouvait indifféremment en fonction de ses conceptions prendre le

tout, ou simplement des parties. Il s'agissait bien d'un programme de travail, finalement assez consensuel, puisque pouvaient s'y retrouver des positivistes et des jusnaturalistes, des théoriciens et des praticiens, des scientifiques et des pragmatiques. La clé en est sans doute l'utilité (connaître permettant seulement cette utilité).

Or cette conception est clairement inadmissible pour les Réalistes scandinaves. Pour ceux-ci, la théorie générale qu'ils formulent a une cohérence propre résultant d'une démarche philosophique rigoureuse, construite comme une rupture épistémologique : contre l'idéalisme et le jusnaturalisme, pour la science et la reconceptualisation de la théorie juridique sur des bases qu'ils comprendront, ensuite, être celles du positivisme logique. Il ne peut s'agir d'une simple méthode souple, non plus que d'une boîte à outils à la disposition du praticien. L'objectif en est la cognition, éclairant mais laissant totalement libre (du point de vue de la science) les conséquences pratiques (qui sont à tirer par d'autres procédures).

Il n'est pas indifférent alors que les courants les plus fructueux de la théorie générale du droit contemporaine s'inspirent fréquemment, dans un équilibre à définir (ce qui est une autre question) et de manière non exhaustive, de ces deux postures.

Bibliographie

- Association Française de Droit Constitutionnel, 2002 : *Actes du Vème Congrès Français de Droit Constitutionnel*. Toulouse.
- Joseph W. BINGHAM, 1912 : What is the Law ? *Michigan Law Review* XI (1912). 1-25 & 109-121.
- Ernst CASSIRER, 1996 : *Eloge de la métaphysique* (Axel Hägerström, une étude sur la philosophie suédoise contemporaine). Œuvres XLVII. Présent. par Joël Gaubert. Trad. Jean Carro avec la collaboration de Joël Gaubert. Paris : Cerf.
- Silvana CASTIGNONE, Carla FARALLI, Mariangela RIPOLI (Eds.), 2000 : *La realtà del diritto. Antologia di scritti di K. Olivecrona*. Torino : Giappichelli.
- Arthur L. CORBIN, 1914 : The Law and the Judges. *Yale Review*.
- Walter W. COOK, 1921 : Scientific Method and the Law. *American Bar Association Journal* (1921).
- Carla FARALLI, 2014 : Le droit comme fait. Trad. par Pierre Brunet. *Revus* (2014) 24.
- Jerome FRANK, 1930 : *Law and the Modern Mind*. New York : Brentano.
- , 1933 : Why not a Clinical Lawyer-School ? *University of Pennsylvania Law Review* 81 (1933) 8.
- , 1949 : *Courts on Trial : Myth and Reality in American Justice*. Princeton : Princeton University Press.
- Axel HÄGERSTRÖM, 1953 : *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Ed. Karl Olivecrona. Uppsala : Almqvist & Wiksell.
- Sophie HARNAY, Alain MARCIANO, 2003 : *Richard Posner. Analyse économique du droit*. Paris : Michalon.
- Herbert Lionel Adolphus HART, 2000 : Le réalisme scandinave. *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* (2000) 4. 43-50.
- Oliver Wendell HOLMES, 1897 : The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10 (1897).
- Natalie E. H. HULL, 1987 : Some Realism about the Llewellyn-Pound Exchange over Realism : the Newly Uncovered Private Correspondence

- (1927-1931). *Wisconsin Law Review* (1987). 921-969.
- Albert M. KALES, 1912 : Should the Law Teacher practice Law ? *Harvard Law Review* 25 (1912) 3. 253-273.
- Laura KALMAN, 1986 : *Legal Realism at Yale: 1927-1960*. Chapel Hill and London : University of North Carolina Press.
- Karl LLEWELLYN, 1930 : A Realistic Jurisprudence : the Next Step. *Columbia Law Review* 30 (1930) 4. 431-465.
- , 1931 : Some Realism about Realism. *Harvard Law Review* 44 (1931) 8. 1222-1264.
- , 1951 : *The Bramble Bush: On Our Law And Its Study*. New York: Oceana.
- , 1960 : *The Common Law Tradition : Deciding Appeals*. Boston : Little, Brown & Co.
- , 1962 : *Jurisprudence : Realism in Theory and Practice*. Chicago : The University of Chicago Press.
- Anders Vilhem LUNDSTEDT, 1956 : *Legal Thinking Revised : My Views on Law*. Stockholm : Almqvist & Wiksell.
- Françoise MICHAUT, 2000 : *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*. Paris : L'Harmattan.
- , 2003 : V^o Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine). In : Eds. Stéphane Rials & Denis Alland. *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris : PUF.
- Éric MILLARD, 2003 : V^o Réalisme. In : Eds. Stéphane Rials & Denis Alland. *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris : PUF.
- , 2004 : Présentation. In : Alf Ross. *Introduction à l'Empirisme Juridique : Textes théoriques*. Trad. Éric Millard & Elsa Matzner, présentation et annot. par Éric Millard. Paris : LGDJ.
- Hermann OLIPHANT, 1928 : A return to Stare Decisis. *American Bar Association Journal* 14 (1928).
- Karl OLIVECRONA, 1939 : *Law as Fact*. 1^{ère} éd. Copenhague-Londres : Munksgaard-Milford.
- , 1971 : *Law as Fact*. 2^{nde} éd. Londres : Stevens & Sons.
- Roscoe POUND, 1905 : Do We Need a Philosophy of Law ? *Columbia Law Review* 5 (1905).
- , 1907 : The Need of a Sociological Jurisprudence. *The Green Bag* (1907) 19.
- , 1910 : Law in Books and Law in Action. *American Law Review* 44 (1910).
- , 1931 : The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review* 44 (1931) 5. 697-711.
- Alf ROSS, 1929 : *Theorie der Rechtsquellen*. Leipzig-Vienne : Franz Deuticke.
- , 1934 : *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren : en kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber*. Copenhague : Levin & Munksgaard.
- , 1946 : *Towards a realistic Jurisprudence : A Criticism of Dualism in Law*. Copenhague : Munksgaard.
- , 1958 : *On Law and Justice*. Londres : Stevens and Sons.
- , 2004 : *Introduction à l'Empirisme Juridique : Textes théoriques*. Trad. Éric Millard & Elsa Matzner, présentation et annot. par Éric Millard. Paris : LGDJ.
- Harlan Fiske STONE, 1912 : The importance of actual experience in the Bar as a preparation for Law Teaching. *American Bar Association Journal* 3 (1912).
- Stig STRÖMHOLM & Heinz-Heinrich VOGEL, 1975 : *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*. Paris : LGDJ.
- William TWINING, 1973 : *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Londres : Weidenfeld and Nicolson.

Riccardo Guastini*

Les juges créent-ils du droit ?

Les idées de Alf Ross

Comme le font tous les juristes réalistes, Ross soutient lui aussi que les juges créent du droit. Un examen scrupuleux permet cependant de montrer, non seulement, qu'il existe chez lui plusieurs variantes de cette thèse et, mieux encore, qu'aucune de ces variantes n'est parfaitement convaincante car les concepts utilisés par Ross manquent souvent de précision.

Mots-clés : réalisme, création judiciaire, Gray, Kelsen, Holmes, droit en vigueur, interprétation, disposition, signification, règle implicite, règle explicite

1 « LES JUGES CRÉENT DU DROIT » : EN QUEL SENS?

« Les juges créent du droit » : c'est une thèse typique du réalisme juridique. Il y a pourtant plusieurs versions d'une telle thèse.

(1) Première version (très faible et carrément non-réaliste) : les juges ne créent du droit qu'occasionnellement, notamment quand ils « manipulent » les textes normatifs, c'est-à-dire quand ils s'éloignent de leur signification « naturelle », « objective ». ¹ D'après cette thèse, normalement les juges ne créent pas du droit mais, au contraire, se bornent à appliquer du droit préexistant.

(2) Deuxième version (toujours très faible) : les juges ne créent du droit qu'occasionnellement, notamment quand ils rencontrent et combler des lacunes. ² Cette thèse n'exclut pas non plus que normalement les juges se bornent à appliquer du droit préexistant.

* guastini@unige.it | Professeur à l'Université de Gênes. Directeur de l'Institut Tarello pour la philosophie du droit.

1 Cette opinion est implicite dans la doctrine « cognitive » de l'interprétation : c'est-à-dire, la doctrine selon laquelle l'interprétation judiciaire est un acte de connaissance, et non pas de volonté.

2 Cf. par. ex. la *dissenting opinion* de Justice Holmes in *Southern Pacific Co. v. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), in Cohen & Cohen (1951 : 455) : « I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially ». Cf. aussi Cardozo (1991 : 113) : « He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law ».

(3) Troisième version (faible) : les juges contribuent toujours à la création du droit, en concrétisant des règles générales.³ Cette thèse représente la jurisprudence comme une activité non pas mécanique, mais au contraire comme une activité créatrice, pour autant elle ne va pas jusqu'à affirmer que la jurisprudence est la seule source du droit, au point qu'il n'y aurait pas de droit avant et indépendamment des décisions juridictionnelles.

(4) Quatrième version (forte) : les juges, tout en décidant la signification des textes normatifs, créent *tout* le droit. Donc, il n'y a pas de droit préexistant aux décisions juridictionnelles. La jurisprudence, c'est la seule véritable source du droit.⁴

Eh bien, les quatre versions que je viens d'énumérer se trouvent toutes dans deux ouvrages de Ross, notamment dans *Theorie der Rechtsquellen* (1929), où Ross soutient en même temps la première, la deuxième, et la troisième version; et dans *On Law and Justice* (1953), où il soutient la quatrième. Malheureusement, aucune des quatre versions n'est convaincante.

2 TROIS THÈSES DU JEUNE ROSS

Dans *Theorie der Rechtsquellen*⁵ Ross soutient donc trois thèses distinctes au sujet de la création judiciaire du droit.

(1) Première thèse : les juges créent nécessairement du droit en appliquant des règles générales à des cas concrets.⁶

Cela suppose que la création judiciaire du droit consiste à concrétiser des règles générales, c'est-à-dire à édicter des normes individuelles et donc, banalement, à trancher des litiges.

Les arguments donnés par Ross ne sont pas très clairs.

(a) D'un côté, Ross semble partager une idée de Alfred Verdross⁷ (une idée qu'on connaît surtout dans sa version kelsenienne)⁸ : la loi ne peut pas déterminer complètement le contenu des décisions juridictionnelles ; la loi se borne à dessiner un « cadre » (*Rahme*) à l'intérieur duquel plusieurs solutions sont également possibles ; le choix d'une solution déterminée, tout en écartant les autres, ne peut dépendre que d'un critère méta-juridique (politique ou moral).⁹

3 C'est la thèse de Kelsen : cf. Kelsen 1992 & 1962.

4 C'est, à peu près, la thèse de Troper : cf. Troper (1994 : 332 s. ; 2001 : chap. V).

5 Ross 1989 (dorénavant : TRQ).

6 Ross (1989 : 333, 348).

7 Verdross (1914 : 639). On trouve la même thèse aussi chez Merkl (dans un essai que Ross ne semble pas connaître) : « Sul problema dell'interpretazione » (1916) in Merkl (1987 : 266 s.).

8 Cf. par. ex. Kelsen (1992 : 78, 80 s. & 1962 : 328, 457, 462).

9 Ross (1989 : 327 s.).

(b) De l'autre côté, Ross remarque que le cadre offert par la loi est forcément abstrait, tandis que la décision du juge vise un cas concret mais, d'autre part, à son avis, entre l'abstrait et le concret il y a un « abîme » (*Kluft*) que la logique n'est pas en mesure de combler.¹⁰ Et voilà donc que, tout en concrétisant la loi, le juge crée nécessairement du droit.¹¹

Or, on a du mal à comprendre si le juge crée du droit : (a) au sens où il résout les problèmes découlant du caractère équivoque et indéterminé de la loi ; ou bien (b) au sens où il pose une norme individuelle (forcément nouvelle par rapport à la règle générale contenue dans la loi). Autrement dit, on ne comprend pas si la loi n'offre au juge qu'un cadre à cause du caractère équivoque et/ou indéterminé du langage, ou bien à cause du fait que la loi règle des classes de cas et non des cas individuels.

On a aussi du mal à comprendre l'idée d'un abîme entre l'abstrait et le concret – un abîme que la logique ne pourrait pas combler – car, si par « abstrait » on entend « général » et par « concret » on entend « individuel », alors tout raisonnement syllogistique permet précisément de combler un tel abîme, c'est-à-dire d'appliquer une règle générale à un cas individuel.

Mais peut-être que la thèse de Ross doit être comprise comme une anticipation de la thèse (très bien connue) de Kelsen : le droit (par définition) est formé non pas seulement de règles générales, mais aussi de normes individuelles, et les normes individuelles sont créées justement par les juges. Malheureusement, un tel concept de création judiciaire de droit n'est pas intéressant ni convaincant.

Le concept n'est pas intéressant parce qu'il ne dit rien de nouveau sur la fonction juridictionnelle : tout simplement il identifie la création judiciaire de droit avec le fait de prononcer des arrêts.¹²

Le même concept n'est pas convaincant pour une raison qui a été bien exposée par Eugenio Bulygin.¹³ Une décision juridictionnelle n'est justifiée que si la norme individuelle est tirée par déduction d'une règle générale (il s'agit d'une définition stipulative de « justification d'une décision juridictionnelle »). Il n'y a donc que deux possibilités : ou bien la décision est justifiée ou bien elle ne l'est pas. Si la décision n'est pas justifiée, alors on peut bien dire que la norme individuelle a été créée par le juge (d'une façon arbitraire). Mais si, au contraire, la décision est justifiée, alors la norme individuelle est nécessairement déduite d'une règle générale,¹⁴ et il ne semble pas approprié d'appeler « création » une déduction. Par conséquent, si le juge crée quelque chose, cela doit être non pas

10 Ross (1989 : 336).

11 Ross (1989 : 348).

12 Carrió (1990 : 109).

13 Bulygin (1995 : 7 s.).

14 Cf. Kelsen (1962 : 338). Cf. également Troper (1994 : 77).

la norme individuelle (contenue dans le dispositif), mais la règle générale (contenue dans la motivation) qui justifie sa décision.

(2) Deuxième thèse : les juges créent du droit (non pas nécessairement, mais) occasionnellement, et notamment quand ils s'écartent de l'interprétation « logico-grammaticale, objective ».¹⁵

Il y a, dit Ross, un « principe d'interprétation théorico-juridiquement nécessaire » (*rechtstheoretisch-notwendiges Auslegungsprinzip*), qui consiste dans « l'application logico-grammaticale, objective, de la signification abstraite de la loi. [...] Un tel principe objectif trace la borne entre la loi (ou l'application de la loi) et le droit créé par le juge » ; entre le droit « déjà existant » et le droit de « création nouvelle »¹⁶ ; « toute interprétation qui va au delà de ce principe logico-grammatical est une création du droit ».¹⁷

Cette thèse – pour laquelle Ross ne donne aucune autre explication ou argumentation – semble supposer que tout texte normatif exprime une signification objective ; qu'une telle signification soit précisément la signification « logico-grammaticale » (i. e., littérale?) ; et que toute autre interprétation constitue une création de droit nouveau.

À vrai dire, la question de savoir si l'idée de Ross est que l'interprétation « logico-grammaticale » produit une signification univoque ou bien un « cadre » de significations n'est pas du tout claire.

Dans ce dernier cas, la thèse de Ross serait tout à fait plausible : l'interprétation « logico-grammaticale » consiste à constater la multitude de significations offertes par le « cadre » de la loi ; les juges appliquent tout simplement la loi quand ils choisissent l'une de ces significations ; ils créent du droit quand ils vont au dehors du « cadre ». Donc l'interprétation « logico-grammaticale » ne serait pas autre chose que l'interprétation « scientifique » de Kelsen.¹⁸

Cependant, tout en parlant d'interprétation « logico-grammaticale », Ross semble se référer à une méthode d'interprétation spécifique qui, fatalement, produira non pas un « cadre » de significations, mais *une* signification également spécifique. Or, une telle idée n'est pas acceptable. La signification « logico-grammaticale » – quelle qu'elle soit – n'est qu'une des significations possibles : pas plus objective que n'importe quelle autre signification qu'on pourrait tirer du même texte par d'autres méthodes d'interprétation. Elle n'a aucun statut privilégié. Privilégier cette signification particulière, c'est de la politique du droit, non pas de la théorie.

15 Ross (1989 : 338).

16 Ross (1989 : 338).

17 Ross (1989 : 339).

18 Kelsen (1962 : 462 s.).

(3) Troisième thèse : les juges créent du droit occasionnellement quand ils comblent une lacune, voire avant de la combler, ils créent du droit quand ils prétendent « découvrir » une lacune, car les lacunes ne sont créées que par les juges eux-mêmes.¹⁹

Le droit – selon Ross, comme selon Kelsen²⁰ – est nécessairement complet. Le « manque » d'une règle est un « vide », bien sûr, mais un « vide » n'est pas forcément une « lacune » : l'obligation dont le plaideur prétend l'accomplissement n'a tout simplement aucun fondement juridique, et donc, en appliquant la loi, la demande doit être rejetée.²¹ Identifier un « vide » avec une « lacune » suppose un critère de reconnaissance des lacunes. Or, le droit étant complet, un tel critère ne peut pas être juridique : il est forcément politique.²² Donc la « découverte » d'une lacune n'est pas un acte de connaissance du droit : c'est un acte d'évaluation.

En d'autres termes, il n'y a aucune lacune « objective » : toute lacune est « axiologique ». Le juge affirme l'existence d'une lacune lorsque l'application de la loi donnerait un résultat indésirable, insatisfaisant.²³ Et il va sans dire que substituer à la solution offerte par la loi une solution différente suppose la création d'une règle nouvelle, car les procédés d'intégration du droit ne sont pas des procédés logiques : ils ne sont que des artifices visant à cacher le caractère politique de la décision.²⁴

Dans ce discours de Ross on peut distinguer trois thèses au sujet des lacunes : (i) le droit est nécessairement complet ; (ii) les lacunes, par conséquent, sont créées par le juge ; (iii) et évidemment combler des lacunes, c'est créer du droit nouveau.

Or, la thèse (iii) est tout à fait correcte. Cependant, c'est une thèse peu intéressante, parce qu'il s'agit, en réalité, d'une proposition analytique (une tautologie) : par définition, combler une lacune ne peut que consister dans la création d'une règle jusque-là « absente » et donc nécessairement « nouvelle ».

Par contre, la thèse (ii) est une intuition heureuse et féconde : les lacunes ne préexistent pas à l'interprétation ; au contraire, elles dépendent de

19 Ross (1989 : 340 s.).

20 Kelsen (1992 : 84 s. & 1962 : 329 s.). Cette idée remonte à Zitelmann 1903, et, en Italie, a été soutenue par Donati 1910. La thèse de Bergbohm 1892, soutenue en Italie par Roman 1925, n'est qu'une simple variante de la même théorie.

21 Ross (1989 : 342 s.).

22 Ross (1989 : 341).

23 Ross (1989 : 343).

24 Ross (1989 : 346 s.).

l'interprétation. Il y a des techniques d'argumentation (que Ross n'analyse pourtant pas)²⁵ pour « créer » des lacunes ainsi que pour les éviter.

Cependant, pour soutenir cette thèse, il n'est pas du tout nécessaire de soutenir aussi la thèse (i), c'est-à-dire la thèse de la complétude nécessaire du droit. Il s'agit, en effet, d'une thèse fort discutable pour plusieurs raisons,²⁶ dont la suivante : la complétude, comme les lacunes, c'est encore le résultat de l'interprétation.

L'argument pour la complétude donné par Ross (et par Kelsen) en est la preuve évidente. Rejeter la demande du plaideur suppose une interprétation particulière de la loi, notamment une interprétation littérale, qui peut être justifiée par l'argument *a contrario* (dans une des versions possibles de cet argument).²⁷ Mais l'interprétation littérale n'est qu'une des interprétations possibles. Et l'argument *a contrario*, d'autre part, n'est qu'une des techniques utilisables ;²⁸ en plus, cette même technique (dans une autre version) peut être utilisée, paradoxalement, pour la conclusion opposée, c'est-à-dire pour l'existence d'une lacune.²⁹

Une remarque finale. Dans *Theorie der Rechtsquellen* Ross soutient en même temps : (1) que les juges créent nécessairement du droit en appliquant des règles générales à des cas concrets ; (2) que les juges créent du droit occasionnellement quand ils s'écartent de l'interprétation « logico-grammaticale » ; (3) que les juges créent du droit occasionnellement quand ils comblent une lacune.

Ross ne s'aperçoit pas que la première thèse est incompatible avec les autres car de deux choses l'une : ou bien la création du droit est intrinsèque à la fonction juridictionnelle, et donc les juges créent toujours du droit (thèse 1) ; ou bien la création judiciaire du droit n'est qu'occasionnelle, et donc les juges créent du droit non pas toujours mais seulement quand ils s'écartent de la signification « objective » de la loi (thèse 2) et/ou quand ils comblent une lacune (thèse 3).

25 Cf. Chiassoni (1997 : spec. 351 s. & 1999 : 294 s.) ; Guastini (2001 : 164 s.).

26 Cf. Alchourrón & Bulygin (1971 : spéc. 127 s., 130 s. & 2002 : surtout 179 s.).

27 Il y a deux variantes de l'argument *a contrario*. (1) La première variante (en fonction « d'exclusion ») consiste à argumenter que, si la loi a établi, par. ex., « Si F, alors J » (où F est une classe de faits, et J n'importe quelle conséquence juridique), alors la loi n'a rien établi pour tout fait divers de F (non-F). (2) La seconde variante (en fonction « d'inclusion ») consiste à argumenter que, si la loi a établi « Si F, alors J », alors la loi a réglé aussi les faits non-F, tout en connectant à ces faits la conséquence juridique opposée (non-J). Cf. Carcaterra 1994 ; Guastini (1995 : chap. VI).

28 Ross a bien raison de remarquer, dans *On Law and Justice* (cité dans la note 31), p. 151, que l'argument *a contrario* n'est qu'une façon de refuser l'interprétation extensive ou analogique, tout en se tenant à la signification naturelle du texte ; donc il n'y a pas une alternative entre l'argument analogique et l'argument *a contrario* : il s'agit tout simplement de choisir entre l'usage et le non-usage de l'analogie.

29 Cf. *supra*, note 27.

Ross ne s'aperçoit pas non plus que les trois thèses sous-entendent trois concepts différents de création du droit. La première thèse suppose – à la Kelsen – que la création judiciaire du droit consiste dans la concrétisation de règles générales, c'est-à-dire dans la production de normes individuelles.³⁰ La deuxième suppose que la création judiciaire du droit consiste à manipuler la signification « objective » des textes. La troisième suppose que la création judiciaire du droit consiste dans la production de règles générales.

D'autre part, selon la première thèse, les juges créent du droit dans le dispositif des arrêts (c'est bien le dispositif qui contient la norme individuelle). Selon la deuxième et la troisième, en revanche, les juges créent du droit dans la motivation (c'est bien en motivant leurs décisions qu'ils produisent des règles générales, soit en modifiant la signification « objective » de la loi, soit en comblant des lacunes).

3 LA THÈSE DU ROSS MÛR

Dans *On Law and Justice*³¹ Ross soutient, en premier lieu, que la science juridique (à ne pas confondre avec la dogmatique)³² est une description du droit en vigueur ; en second lieu, que les propositions de la science juridique sont des prédictions des décisions juridictionnelles futures.³³ Il faut mettre en évidence les présupposés d'une telle théorie de la science juridique.

(i) Premier présupposé : la distinction conceptuelle entre le droit (sans plus de précision) et le droit en vigueur. Le droit, d'après Ross, est un ensemble de règles, c'est-à-dire d'énoncés du langage prescriptif.³⁴ Le droit en vigueur, c'est l'ensemble de règles effectivement employées par les juges pour trancher des différends.

(ii) Deuxième présupposé : la thèse de théorie du droit selon laquelle toute règle de droit s'adresse, en dernière analyse, aux juges et, par conséquent, toute règle de droit est susceptible d'application juridictionnelle.³⁵

30 Cf. par. ex. Kelsen (1992 : 11–12, 70 & 1962 : 314 s., 318 s., 324 s.).

31 Ross 1958.

32 Il faut souligner que la science (empirique) du droit est autre chose que la doctrine (ou dogmatique) existante. La doctrine n'est pas un discours entièrement scientifique, car les juristes ne se bornent pas à décrire le droit en vigueur : ils cherchent plutôt à influencer les juges par des directives *de sententia ferenda* (Ross 1958 : 46). Par conséquent, la théorie de la science juridique de Ross n'est pas une description de la pratique effective des juristes : il s'agit plutôt d'une théorie prescriptive de ce que les juristes devraient faire. Cf. Hernández Marin (1982 : 193–273 & 256 s.).

33 Ross (1958 : 38 s.).

34 Ross (1958 : 6–9).

35 Ross (1958 : 32–33).

(iii) Troisième présupposé : la thèse de théorie de l'interprétation selon laquelle tout énoncé juridique est équivoque et/ou indéterminé et, par conséquent, l'interprétation – notamment l'interprétation judiciaire, celle visant l'application³⁶ – est une activité toujours discrétionnaire : non pas un acte de connaissance, mais un acte de volonté et de décision.³⁷

Le premier présupposé est l'un des éléments essentiels de la théorie analytico-réaliste du droit, mais il n'est pas directement important pour le sujet qui nous intéresse. Les autres présupposés, en revanche, exigent quelques explications.

(a) *Le caractère équivoque et indéterminé des textes normatifs.* Ross identifie trois classes de problèmes d'interprétation :³⁸ sémantiques, syntaxiques et logiques. Les problèmes sémantiques dépendent de l'indétermination de la référence de tout mot et de l'ambiguïté de sens de plusieurs mots. Les problèmes syntaxiques dépendent de la possible ambiguïté des constructions syntaxiques des énoncés. Les problèmes logiques découlent des relations d'un énoncé avec d'autres énoncés du même contexte. Mais, d'après Ross, il n'y a aucun principe susceptible d'apporter une solution mécanique à ces problèmes.³⁹ Par conséquent, l'application du droit exige toujours un choix entre plusieurs solutions possibles.⁴⁰ Et tout choix d'interprétation est guidé par la « material legal consciousness » du juge,⁴¹ c'est-à-dire par son sentiment de justice.⁴² Toute déci-

36 Le mot « interprétation » – dit Ross – est employé pour se référer à deux activités tout à fait différentes : (a) d'un côté, l'interprétation au sens propre, entendue comme connaissance de la signification (« a cognitive activity aiming merely at the ascertainment of the meaning as an empirical fact ») ; (b) de l'autre côté, « l'administration de la justice » ou « la méthode judiciaire », c'est-à-dire l'application du droit. Cet usage linguistique découle du désir de cacher la fonction créatrice et politique du juge (Ross 1958 : 138–139). Interpréter, c'est donc prendre connaissance de la signification. Cependant, Ross ne pense pas que tout énoncé n'exprime qu'une seule signification univoque. Au contraire, à son avis, l'interprétation ne peut que détecter une multitude de significations alternatives (ambiguïté) et, en tous cas, des significations vagues (indétermination). Face à ce « cadre » de significations « the interpreter must give up » (Ross 1958 : 120) : au sens que, par définition, le choix entre plusieurs significations alternatives, ainsi que la décision sur les bornes d'une signification vague, ce n'est pas de l'interprétation au sens propre, mais c'est le résultat d'une décision *lato sensu* politique.

37 Ross (1958 : 136, 139).

38 Qu'est-ce qu'un « problème d'interprétation » ? Ross ne le dit pas. Néanmoins, le concept est suffisamment clair. Un problème d'interprétation est, en premier lieu, une source de doute (pour l'interprétation cognitive) ; en second lieu, une source de pouvoir discrétionnaire (pour le juge).

39 Ross (1958 : 134). Ross ne mentionne pas les lacunes. Probablement, il n'a pas changé d'avis : les lacunes ne sont pas un problème d'interprétation parce qu'elles n'existent pas (le droit est complet et ce qu'on appelle une « lacune » n'est qu'une solution considérée comme insatisfaisante).

40 Ross (1958 : 138).

41 Ross (1958 : 138–139).

42 Ross (1958 : 153).

sion est le résultat de la combinaison entre l'interprétation *stricto sensu* (conçue comme une activité cognitive) et l'attitude d'évaluation du juge.⁴³

(b) *Les destinataires des règles de droit.* Il y a – dit Ross – deux types de règles de droit : les règles de conduite et les règles de compétence. Cependant, les règles de compétence peuvent être réduites à des règles de conduite. Par exemple, les règles constitutionnelles conférant le pouvoir législatif ne sont que des règles de conduite formulées indirectement : elles commandent une conduite conforme aux règles qui seront édictées sous forme de législation.⁴⁴ Les règles de conduite, d'autre part, commandent apparemment une conduite aux justiciables. Mais leur « contenu réel » est une directive adressée aux juges.⁴⁵ Une disposition légale qui ne contient aucune directive pour les tribunaux – dit Ross – doit être considérée comme une proclamation idéologico-morale dépourvue de toute signification juridique.⁴⁶

Or, la thèse selon laquelle connaître le droit en vigueur consiste à prévoir les décisions futures des juges entraîne que le droit en vigueur – *tout* le droit en vigueur – est le produit des décisions judiciaires. Il est donc non seulement vrai que les juges créent du droit, mais aussi que tout le droit en vigueur est créé par les juges.

On trouve une formulation classique de cette thèse dans un ancien livre de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, dont la première édition date de 1909.⁴⁷ Les lois – dit Gray – ne sont pas du droit, elles ne sont que des « sources » de droit.⁴⁸ Car les lois « do not interpret themselves ; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law »⁴⁹ ;

for, after all, it is only words that the legislature utters ; it is for the courts to say what those words mean ; that is, it is for them to interpret legislative acts ; undoubtedly there are limits upon their power of interpretation, but these limits are /.../ undefined.⁵⁰

Gray ne manque pas de citer le Bishop Hoadly, selon lequel

43 Ross (1958 : 139).

44 Ross (1958 : 32). Cette « réduction » n'est pas convaincante. L'argument de Ross ne montre pas que les règles de compétence peuvent être « réduites » à des règles de conduite ; il montre que les règles de compétence peuvent être représentées comme des « fragments » des règles de conduite.

45 Cela est évident dans le cas des règles pénales, qui ne sont pas formulées comme des interdictions concernant la conduite des justiciables, mais comme des directives (adressées aux juges) concernant la sanction (Ross 1958 : 33).

46 Ross (1958 : 33).

47 Gray 1972.

48 Gray (1972 : 125). Cf. Ross (1958 : 75 s.).

49 Gray (1972 : 170).

50 Gray (1972 : 125).

Whoever hath an *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them ;

et il ajoute : « *A fortiori*, whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the law is, is truly the Law-giver ». ⁵¹ Donc : « All the law is judge-made law ». ⁵²

Il faut remarquer que le fondement de la thèse de Gray est un argument de théorie de l'interprétation : le droit est un ensemble non pas de textes, mais de significations, et les significations sont des produits de l'interprétation. Interpréter, c'est donc produire des significations, et produire des significations pourvues d'autorité (comme c'est le cas notamment pour les juges de dernière instance), c'est produire du droit : du droit « en vigueur » dans le langage de Ross.

Cependant, une telle idée pose un problème théorique très délicat. ⁵³ Si tout le droit en vigueur est fait par les juges, alors la description du droit en vigueur suppose l'identification préalable des juges en tant que juges. Mais « juge » est un concept juridique. Et, par conséquent, l'identification des juges suppose, à son tour, la connaissance préalable du droit en vigueur (au moins, d'une partie du droit en vigueur). ⁵⁴ Comment échapper au cercle vicieux ?

Ross rencontre ce problème deux fois : tout d'abord dans *Towards a Realistic Jurisprudence* (1934), puis dans *On Law and Justice* (1953).

(a) Dans *Towards a Realistic Jurisprudence* ⁵⁵ Ross – qui ne partage pas encore la thèse de Gray – dénonce justement le cercle vicieux (tout en ignorant complètement la théorie de l'interprétation de Gray) : on ne peut pas soutenir que tout le droit est fait par les juges – dit-il – parce qu'on ne peut pas identifier les juges indépendamment du droit.

The quality of being a judge is itself legally conditioned /.../. The law cannot therefore be exhaustively explained as the rules actually applied by the judge; for it would be necessary first to know the law so as to know what was meant by “the judge”. ⁵⁶

D'ailleurs – ajoute Ross, tout en critiquant Jerome Frank ⁵⁷ – les décisions juridictionnelles portent sur des cas particuliers ; donc, si tout le droit est fait par les juges, on doit en conclure que le droit n'est qu'un ensemble de décisions individuelles et non pas de règles générales. Les règles ne seraient alors que des

⁵¹ Gray (1972 : 102).

⁵² Gray (1972 : 102).

⁵³ Cf. Twining (1973 : 284).

⁵⁴ Cf. Twining, *Eod. loc.*

⁵⁵ Ross 1946.

⁵⁶ Ross (1946 : 62).

⁵⁷ Frank 1930.

prédictions de la conduite future des juges.⁵⁸ Mais, de cette façon, on fait une confusion entre les règles de droit et les propositions scientifiques qui les décrivent. Les règles ne sont pas des propositions factuelles (vraie ou fausses) : elles sont des prescriptions.⁵⁹

(b) Dans *On Law and Justice*, Ross – qui partage désormais la thèse de Gray – admet l'existence du cercle vicieux, mais refuse sa propre critique précédente par un argument « holistique ». Le système juridique – dit-il – est un ensemble intégré de droit privé et de droit public. La vigueur est une propriété du système dans son ensemble. Par conséquent, il n'est pas possible de vérifier la vigueur d'une partie du système avant l'autre. La vigueur du droit ne peut être vérifiée qu'en visant le droit tout entier. Le test de la vigueur consiste à employer le système juridique dans son ensemble en tant que schéma d'interprétation de la réalité sociale. Et cela permet de comprendre, à la fois, la conduite des juges et le fait qu'ils agissent précisément en tant que juges.⁶⁰

Tout cela n'est pas convaincant. Bien sûr, on peut dire que les règles du droit civil et pénal sont adressées, en dernière analyse, aux juges (même si cela n'est pas toujours évident dans leur formulation). Mais on ne peut pas dire, par exemple, que toutes les règles du droit constitutionnel sont elles aussi adressées aux juges, *y compris les règles qui instituent les juges*. Et l'on ne peut pas dire non plus que de telles règles ne sont que des proclamations morales dépourvues de toute signification juridique.

C'est la raison pour laquelle, prise à la lettre, la thèse selon laquelle tout le droit en vigueur est fait par les juges n'est pas défendable. Les textes juridiques ne sont pas tous susceptibles d'application juridictionnelle ; plus particulièrement, les textes constitutionnels (ou des parties importantes des textes constitutionnels) ne le sont (normalement) pas. On devrait alors dire que tout le droit est créé non pas par les seuls juges, mais par les organes d'application (juridictionnels, administratifs, politiques).

D'autre part la thèse en question a le défaut (grave) de négliger la contribution des juristes à la création du droit, non pas seulement au moyen de directives *de sententia ferenda* mais aussi, et surtout, au moyen de la construction de concepts et de doctrines qui conditionnent la façon de penser, la *forma mentis*, des juges et des organes d'application (aussi bien que des avocats, etc.).

58 Ross (1946 : 67 s.).

59 Ross (1946 : 72). Ross critique ainsi implicitement la thèse, très bien connue, de Justice Holmes : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law » (Holmes 1897 : 457). Pour Ross (1958 : chap. 2) c'est non pas le droit, mais la science juridique, qui est un ensemble de prévisions sur les décisions juridictionnelles.

60 Ross (1958 : 36–37).

4 QUELQUES REMARQUES FINALES

Le droit, dit-on, est un ensemble de règles. Mais le mot « règle » dans le langage des juristes (et des théoriciens du droit) est utilisé soit pour dénoter des énoncés (les énoncés des sources « formelles » du droit), soit pour dénoter leurs significations. Et donc le mot « droit » peut, à son tour, dénoter à la fois un ensemble d'énoncés ou un ensemble de significations. Par conséquent, on peut parler de « création de droit » pour se référer soit à la production d'énoncés (qui est typique de la « législation », au sens matériel), soit à la production de significations (qui est typique de l'interprétation).

Cela signifie que l'on ne peut en aucun cas dire que les juges créent du droit *dans le même sens* dans lequel on dit que la législation crée du droit. Car la même expression a évidemment deux significations distinctes dans les deux contextes : produire un texte et lui attribuer une signification sont des activités tout à fait différentes.

Si l'on conçoit le droit comme un ensemble (non pas de textes, mais) de significations, on peut dire – voire, on doit dire – que le droit est une variable dépendante de l'interprétation, mais on ne peut pas dire – à la lettre – que le droit est créé par les interprètes *seuls*. Parce qu'il n'y a pas d'interprétation sans un texte à interpréter, et donc le droit naît de la combinaison de la législation (au sens matériel) et de l'interprétation.

À mon sens, pourtant, la production du droit en vigueur (au sens de Ross) est un phénomène compliqué. Pour en esquisser une description, il faut introduire une petite série de concepts préliminaires.⁶¹

(a) Disposition : tout énoncé des sources « formelles » du droit.

(b) Règle explicite : tout énoncé constituant la signification (*une* des significations) d'une disposition (ou d'une combinaison de dispositions, ou d'une combinaison de fragments de dispositions).

(c) Règle implicite : tout énoncé normatif, produit par les interprètes, qui ne constitue pas la signification d'une disposition.

(d) Règle en vigueur : toute règle, explicite ou implicite, utilisée par un organe d'application pour justifier une décision.

Et donc :

(1) Les législateurs (au sens matériel) produisent des dispositions. La législation est donc évidemment une activité créatrice, mais créatrice justement de dispositions, non pas de règles. En disant cela, je ne veux pas dire que les dispositions produites par les législateurs n'expriment *aucune* règle. Ce que je veux dire est que toute disposition – surtout si on la considère dans le contexte des dispositions qui forment, dans leur ensemble, l'ordre juridique – a une significa-

61 Mais pour une analyse plus approfondie cf. Chiassoni (1999 : 261 s.).

tion équivoque et/ou indéterminée. Donc elle admet plusieurs interprétations, c'est-à-dire elle exprime non pas une seule règle avec des bornes bien déterminées, mais un « cadre » de significations : une pluralité de règles alternatives dont le contenu est indéterminé.

(2) L'interprétation cognitive (ou « scientifique » au sens de Kelsen) consiste à déterminer – tout en appliquant les diverses techniques d'interprétation – toutes les règles explicites qu'on pourrait tirer d'une disposition, c'est-à-dire le « cadre » des significations potentiellement exprimées par une disposition. Il ne serait pas approprié de dire que l'interprétation cognitive soit une « création » de signification, même dans un sens très faible du mot « création ». Les règles explicites dégagées par l'interprétation cognitive ne sont pas, en tant que telles, en vigueur, mais elles peuvent le devenir.

(3) L'interprétation décisive – accomplie notamment par un organe d'application (donc l'interprétation « authentique » au sens de Kelsen) – consiste à choisir *une* signification déterminée (donc une règle explicite) au sein du « cadre », tout en écartant les autres, afin de justifier une décision. Dans ce cas, on peut parler, si l'on veut, de « création » d'une signification. Mais il s'agit évidemment d'un sens très faible du mot « création ».

(4) Parfois, les organes d'application attribuent à une disposition une signification qui n'est pas comprise dans le « cadre » des significations possibles et ensuite, ils utilisent cette signification – cette règle implicite – pour justifier une décision. Cette opération ne peut être qualifiée d'« interprétation » sauf dans un sens très large du mot. Il s'agit plutôt d'une véritable « création » – au sens fort, cette fois – d'une règle implicite. Une opération, donc, tout à fait analogue à la législation (toujours au sens matériel), même si elle n'a pas la « forme » de la législation, parce qu'elle ne consiste pas dans la formulation « officielle » d'une disposition.

(5) Parfois, les organes d'application « trouvent » – en effet, ils fabriquent, eux-mêmes, par des techniques appropriées d'argumentation – une lacune dans le système juridique, et ils comblent une telle lacune en élaborant une règle implicite, qu'ils n'essaient même pas de présenter comme la signification d'une disposition, et qu'ils utilisent ensuite pour justifier une décision. Une telle opération ne peut être qualifiée d'« interprétation » en aucun sens raisonnable du mot. Il s'agit de la « création » – au sens fort – d'une règle implicite.

Jusqu'ici j'ai tacitement adopté un concept très étroit de « production de droit ». Le droit étant un ensemble de dispositions et/ou de règles (explicites et implicites), on produit du droit *stricto sensu* en introduisant des nouvelles dispositions et/ou règles dans l'ensemble existant. Mais cette notion de « production de droit » est évidemment trop étroite. Au sens large, on produit du droit chaque fois qu'on modifie l'ensemble existant. Ce qui peut être fait, à la fois, en ajoutant des dispositions ou règles nouvelles, mais aussi en éliminant des dis-

positions ou des règles préexistantes. (La substitution n'est qu'une combinaison d'addition et de soustraction.)

Or, dans plusieurs ordres juridiques, une disposition et/ou une règle peut être éliminée de deux façons fondamentales : abrogation explicite et annulation (je ne parle pas de l'abrogation dite « tacite » pour ne pas trop compliquer l'analyse). L'abrogation explicite est une compétence des législateurs. L'annulation, dans plusieurs ordres juridiques, c'est la compétence des juges constitutionnels (et dans certains ordres des juges administratifs aussi).

Et donc :

(6) Les législateurs parfois créent du droit – au niveau des dispositions – non pas en introduisant des dispositions nouvelles, mais en éliminant des dispositions préexistantes par voie d'abrogation explicite.

(7) Certains juges – notamment les juges constitutionnels (lorsque le jugement de constitutionnalité se déroule *a posteriori*) – créent parfois du droit, au niveau des dispositions, en annulant des dispositions existantes par une déclaration d'inconstitutionnalité.

(8) Les mêmes juges créent parfois du droit, au niveau des règles, en ne touchant pas aux dispositions, mais en annulant des règles (explicites ou implicites) par une décision « interprétative », c'est-à-dire une décision qui déclare l'inconstitutionnalité non pas d'une disposition en tant que telle, mais d'une de ses significations.

Bibliographie

- Carlos Eduardo ALCHOURRON & Eugenio BULYGIN, 1971 : *Normative Systems*. Vienne-New York: Springer-Verlag.
- , 2002 : *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* [1975]. Buenos Aires : Astrea [réimp. 2002].
- Karl BERGBOHM, 1892 : *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig : Duncker & Humblot.
- Eugenio BULYGIN, 1995 : *Norme, validità, sistemi normativi*. Trad. ital. Riccardo Guastini. Turin : Giappichelli.
- Gaetano CARCATERRA, 1994 : *L'argomento a contrario. L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Dir. Sabino Cassese, Gaetano Carcaterra, Marco D'Alberti & Andrea Bixio. Bologna : Il Mulino.
- Benjamin N. CARDOZO, 1991 : *The Nature of the Judicial Process* [1921]. New Haven-Londres : Yale University Press, (réimp 1991).
- Genaro R. CARRIO, 1990 : *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4^e éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot.
- Pierluigi CHIASSONI, 1997 : *Lacune nel diritto. Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologna : Il Mulino.
- , 1999 : *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milan : Giuffrè.
- Morris R. COHEN & Felix S. COHEN, 1951 : *Readings in Jurisprudence*. Boston-Toronto : Little, Brown and Company.
- Donato DONATI, 1910 : *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milan : Milano Soc. ed. Libreria.
- Jerome FRANK, 1930 : *Law and the Modern Mind*. New York : Bretano's.
- John Chipman GRAY, 1972 : *The Nature and Sources of the Law*. Second edition from the author's notes by Ronald Gray. Gloucester : Peter Smith.
- Riccardo GUASTINI, 1995 : *Il giudice e la legge*. Turin : Giappichelli.

- , 2001 : *Il diritto come linguaggio*. Turin : Giappichelli.
- Rafael HERNANDEZ MARIN, 1982 : *Diritto e scienza*. Saggio su A. Ross. *Contributi al realismo giuridico*. Dir. Enrico Pattaro. Milan : Giuffrè. 193-273.
- Oliver Wendell HOLMES, 1897 : *The Path of the Law*. *Harvard Law Review* (1897) 10.
- Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit* [1960]. 2nd ed. Trad. fr. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.
- , 1992 : *Introduction to the Problems of Legal Theory* [1934]. Trad. angl. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford : Clarendon Press.
- Adolf J. MERKL, 1987 : *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. ital. C. Geraci. Milan : Giuffrè.
- Santi ROMANO, 1925 : *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*. Modena : Presso l'Università degli studi.
- Alf ROSS, 1946 : *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* [1934]. Trad. angl. A. I. Fausbøll. Copenhagen : Einar Munksgaard.
- , 1958 : *On Law and Justice* [1953]. Trad. angl. Margaret Dutton. Londres : Stevens & Sons.
- , 1989 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [1929]. Aalen : Scientia Verlag.
- Michel TROPER, 1994 : *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : PUF.
- , 2001 : *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris : PUF.
- William L. TWINING, 1973 : *The Bad Man Revisited*. *Cornell Law Review* (1973).
- Alfred VERDROSS, 1914 : *Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1914).
- Ernst ZITELMANN, 1903 : *Lücken im Recht*. Leipzig : Duncker u. Humblot.

Guillaume Tusseau*

La théorie des normes de compétence d'Alf Ross

Alf Ross propose une théorie juridique qu'il veut "véritablement" réaliste, c'est-à-dire susceptible de dissoudre les problèmes auxquels se heurtent la théorie normativiste de Kelsen et la théorie réaliste américaine et de reconstruire leur discours de manière scientifique. L'originalité de Ross réside dans son concept de norme de compétence que Ross analyse, avant d'autres et notamment Searle, comme des règles constitutives. Contrairement à ce que de nombreux commentateurs ont soutenu, ce concept de norme constitutive ne contredit pas la théorie réaliste de Ross. Éclairées à la lumière des premiers écrits de Ross, les normes de compétence sont des rationalisations capables d'exprimer la prédisposition des destinataires des normes à reconnaître certains faits comme droit. Ross peut dès lors apparaître comme un précurseur du postpositivisme.

Mots-clés : validité, prescriptions, force, règles constitutives, règles régulatrices, empirisme, réalisme, postpositivisme

« Ainsi se précise l'objet d'une philosophie critique du droit. Il doit consister justement dans cette interprétation nouvelle des représentations de validité, puis dans la solution, rendue ainsi possible, des antinomies de la théorie du droit, et enfin dans la reconstruction des catégories juridiques fondamentales. »

Alf Ross (2004 : 26)

« Le pouvoir n'est pas quelque chose qui se tient 'derrière' le droit, mais quelque chose qui fonctionne à travers le droit. »

Alf Ross (1958a : 58)

1. Elève de H. Kelsen, A. Ross a mesuré toute l'importance du concept de norme afin d'appréhender les phénomènes juridiques.¹ Héritier d'A. Hägerström puis du Cercle de Vienne, il a également été sensible à la critique de la dimension métaphysique des idées de valeur, de devoir-être et de validité, ainsi qu'à la volonté de bâtir une science du droit sur le modèle des sciences empiriques.² Fort de cette double filiation,³ le juriste danois présente une théorie juridique originale.

* guillaume.tusseau@sciences-po.org | Professeur des Universités à l'Ecole de droit de Sciences Po, Membre junior de l'Institut universitaire de France.

1 V. spéc. Kelsen 1911.

2 V. Hägerström 1953.

3 Pour des éléments biographiques, v. Millard (2004 : 3–4).

Celle-ci a pour point de départ l'étude du « concept de droit présent dans la conscience commune ». ⁴ La majorité des juristes conçoit le droit simultanément

comme un phénomène observable dans le monde des faits et comme une norme pourvue d'une force obligatoire dans le monde de la morale ou des valeurs, comme étant à la fois physique et métaphysique, empirique et *a priori*, réel et idéal, comme quelque chose qui existe et comme quelque chose qui est valide. ⁵

Ce dualisme expose la pensée juridique à des antinomies qui vicient l'ensemble de ses raisonnements. La première antinomie mise en évidence se présente de la manière suivante :

Thèse : La validité du droit en tant que droit est déterminée en fonction de certains phénomènes historiques pertinents. Antithèse : Les phénomènes historiques pertinents sont déterminés en fonction de la validité du droit en tant que droit. ⁶

Conformément à la thèse, les juristes considèrent que le droit consiste en normes résultant d'actes de volonté historiques. Le positivisme traditionnel attribue ces actes au législateur ou à l'Etat, tandis que le réalisme américain les impute aux juges. Mais l'identification de ces actes n'est pas immédiate. Seuls ont la propriété de créer du droit les actes des individus revêtus d'une certaine compétence. Or la compétence qui permet de délimiter les faits historiques qui créent le droit est elle-même juridique, de sorte que s'opère un passage à l'antithèse. ⁷ Réciproquement, considérer le droit comme le pur produit d'un pouvoir de fait efficace conduit progressivement à une antinomie, dans la mesure où, pour une large part, la force de ce pouvoir provient précisément du fait qu'il se présente comme fondé en droit. ⁸

Deux orientations radicales se présentent afin de surmonter ces difficultés. La première, incarnée par H. Kelsen, repousse toute approche sociologique du droit. Elle situe le phénomène juridique dans le seul domaine, idéal, du *Sollen*. Mais la norme fondamentale qui permet de clôturer sur lui-même le monde juridique n'est pas postulée à propos de n'importe quels phénomènes. Elle ne se rapporte qu'à un ordre juridique globalement efficace. L'idéalisme affiché renoue de la sorte avec des considérations factuelles. ⁹ La seconde, incarnée par le réalisme juridique américain, ¹⁰ repousse tout spiritualisme et toute normativité. Elle conçoit le droit comme un ensemble de faits, et s'intéresse aux causes qui permettent d'expliquer et de prévoir le comportement des juges. Mais il est

4 Ross (1946 : 32).

5 Ross (1946 : 11 ; 1929 : 233-234, 254-257 & 263-269). Sur ce thème, v. p. ex. Wedar 1985.

6 Ross (1946 : 57).

7 Ross (1946 : 57-62, 65, 127-129 & 133-136 ; 2004 : 27-28).

8 Ross (1946 : 62-63).

9 Ross (1929 : 258-269 ; 1946 : 43 & 127-129 ; 1958a : 70). V. p. ex. Kelsen (1920 : 94-101 ; 1925 : 18-19 ; 1962 : 266, 270-271 n. 1 & 294).

10 V. spéc. Frank 1949.

nécessaire aux réalistes d'expliquer pourquoi ils s'attachent spécifiquement aux juges. Ceci impose de se référer à des éléments qui se situent au-delà de la définition du droit qu'ils proposent. En effet, l'importance du juge est due au fait que sa décision sera exécutée. La spécificité de sa situation est strictement juridique. Elle tient au fait que celui-ci détient une compétence. Dès lors, définir le droit comme les décisions des tribunaux présuppose de savoir ce qu'est le droit qui établit les tribunaux. Ces règles juridiques ne sont pas uniquement des prédictions théoriques. Elles appellent le respect et l'exécution de la part de leurs destinataires, ce qui est l'une des causes décisives du comportement des juges.¹¹ Dès lors, éléments factuels et idéels sont à nouveau associés.

Face à ces apories, A. Ross propose une théorie juridique « véritablement » réaliste, qui soit en mesure de dissoudre les problèmes auxquels se heurtent les théories traditionnelles et de reconstruire leur discours de manière scientifique. La validité et la réalité sont toutes deux nécessaires dans le concept de droit. Il est impossible d'éliminer l'une ou l'autre, car ces deux points de vue se reflètent et s'appellent mutuellement.¹² Il est donc nécessaire de démontrer qu'elles ne sont pas irréductibles et exclusives. Cette démonstration passe par le refus de l'idée que la validité puisse être conçue comme une sphère d'existence coordonnée à la réalité. Elle doit donc être réduite à des éléments empiriques. A. Ross analyse alors la validité comme la rationalisation et l'objectivation d'impulsions psychologiques. Il s'agit d'expériences purement subjectives et irrationnelles selon lesquelles des individus ressentent la force obligatoire de certaines prescriptions, et adoptent en conséquence des comportements déterminés. Ces impulsions sont réifiées et présentées comme des entités dotées d'une existence idéale propre. Les idées de validité, de valeur et de devoir doivent donc être comprises non comme ce qu'elles se prétendent, c'est-à-dire une sphère de réalité spécifique, mais comme des symboles désignant un ensemble d'expériences psychologiques.

Le principe de dissolution [des antinomies de la pensée juridique] consiste donc à introduire au lieu de la 'validité' au sens de catégorie radicalement distincte de la réalité, les expériences de validité (au sens d'attitudes comportementales réelles) sous-jacentes à cette rationalisation et symbolisées par elle.¹³

Ainsi, le dualisme est réduit à une interaction de composantes du phénomène juridique. La vision traditionnelle du droit repose sur trois éléments : (1) un élément de réalité défini essentiellement comme la coercition ; (2) un élément de validité ; (3) une interdépendance entre les deux premiers éléments. La reconstruction du juriste danois décompose le droit en (1) des attitudes com-

11 Ross (1929 : 5-6, 52-63, 111-112, 180-181, 222-223, 227 & 229 ; 1946 : 49 & 68-73).

12 Ross (1946 : 76).

13 Ross (1946 : 77). V. de même Ross (1946 : 12 ; 2004 : 25 ; 1947 : 46-54 & 80). Auparavant, v. Ross (1929 : 263-269, 278 & 288-289).

portementales intéressées, déterminées par la peur de la coercition ; (2) des attitudes comportementales désintéressées, résultant de la suggestion familiale et sociale et de l'habitude, et prenant l'apparence de la validité ; (3) une interaction inductive réelle entre les deux, de sorte que l'un et l'autre se stabilisent et se causent réciproquement.¹⁴ Sur le plan épistémologique, l'idée qu'il n'existe qu'un seul monde implique la possibilité de le connaître au moyen d'une méthode scientifique unique : l'empirisme.¹⁵

2. Contrairement au « scepticisme envers les règles »¹⁶ qu'affiche le réalisme américain, A. Ross ne renonce donc pas au concept de norme en vue de rendre compte des phénomènes juridiques. Celui-ci constitue en effet l'unité fondamentale dans laquelle le droit peut être décomposé.¹⁷ Il fonde sa démarche sur l'idée que les normes gouvernent l'emploi de la force par les tribunaux.¹⁸ Le phénomène empirique qui leur correspond est donc le comportement des juges. C'est pourquoi un système juridique national peut se définir comme l'ensemble des normes qui, étant ressenties comme obligatoires, opèrent effectivement dans l'esprit des juges.¹⁹ Le test de la validité d'une norme est la possibilité que donne l'hypothèse de la validité de cette norme de comprendre les actions des juges comme des réponses intelligibles à certains *stimuli*, et de les prédire. La spécificité de ce réalisme tient à ce qu'il s'intéresse non seulement au comportement extérieur des juges, à l'instar du réalisme américain, mais également à leur vie psychologique. Il formule donc l'hypothèse qu'une certaine idéologie, et notamment « une expérience de la validité »²⁰ consistant en sentiments d'approbation, de désapprobation, d'obligation, de correction ou de violation, motive leur action.²¹ Le concept de norme doit donc être élaboré en considération de deux idées fondamentales : celle selon laquelle les normes sont connectées à une forme d'usage directif du langage;²² celle selon laquelle le concept doit rendre possible des assertions aux termes desquelles des normes existent. Il doit donc associer des phénomènes linguistiques et factuels.²³

14 Ross (1946 : 308–311 ; 1958a : 53–56 & 358–377 ; 1968 : 38–43, 63 n. 3 & 82–92).

15 Sous l'influence d'un kantisme qui s'estompera rapidement, Ross (1929 : 270–278) a admis deux types de connaissance. Sur sa théorie postérieure de la science du droit, v. p. ex. Villa (1990 : 59–77) ; Guastini (1994 : 249–264).

16 V. Michaut 2000.

17 V. Ross (1929 : 416–422).

18 Ross (1929 : 275–280, 308, 311–312, 417, 419, 420 & 422 ; 1958a : 34, 52, 59).

19 Ross (1929 : 365–366 ; 1946 : 76–124 ; 1958a : 35, 37, 52–58, 104, 160 & 364 ; 1968 : 41–43, 84–88, 104 & 117).

20 Ross (1933 : 429–447 ; 1946 : 76–124 ; 1958a : 52–58, 160 & 364 ; 1968 : 41–43, 84–88, 104 & 117).

21 Ross (1958a : 37, 71–74 & 104 ; 1968 : 87–88).

22 Sur le discours « directif », c'est-à-dire destiné à influencer le comportement, en général, v. Ross (1968 : 34–77).

23 Ross (1968 : 78–105).

Suivant une démarche semblable à celle de H. Kelsen,²⁴ A. Ross considère que toutes les normes sont adressées aux juges.²⁵ Elles leur prescrivent dans quelles conditions ils doivent ordonner l'emploi de la force.²⁶ Il estime que

s'il est établi qu'une disposition contient une directive adressée aux tribunaux, alors il n'est pas nécessaire de donner aux individus des instructions supplémentaires sur leur conduite. /.../ L'instruction adressée aux individus est implicite dans le fait qu'ils savent à quelles réactions de la part des tribunaux ils peuvent s'attendre dans certaines conditions. /.../ Ceci montre que le véritable contenu d'une norme de conduite est une directive adressée au juge, tandis que l'instruction adressée aux individus n'est qu'une norme dérivée.²⁷

Si les deux types de normes semblent exister d'un point de vue psychologique, seul l'un d'eux est logiquement nécessaire.

3. Parmi les normes qui composent un système juridique, la question des normes de compétence présente un enjeu particulier. Outre son importance générale dans la pensée juridique, elle revêt une place essentielle à l'intérieur de la théorie du juriste danois. La notion de compétence est précisément le lieu où se noue toute la problématique du dualisme du fait et de l'idéal. Ici s'opère la critique des thèses normativiste et réaliste américaine. Là s'entrelacent les éléments factuels et idéels du phénomène juridique, se décide l'irréductibilité du droit à l'un et l'autre et en définitive son originalité, telle que la perçoit un point de vue réaliste. En effet, la production du droit ne peut être réduite à une norme de compétence d'où émaneraient des normes indépendamment de tout comportement humain réel. Elle ne peut davantage être expliquée sous une forme purement comportementale, puisque seul un acte juridiquement qualifié est en mesure de produire du droit. La norme de compétence est précisément l'élément décisif qui fait du comportement d'un individu déterminé une source de droit et de la création du droit une activité humaine terrestre. Ici se joue donc l'un des apports décisifs du réalisme scandinave à l'analyse des phénomènes juridiques. C'est pourquoi cette question est centrale pour A. Ross. Il est donc essentiel de comprendre comment cet auteur appréhende les facultés de produire des normes, comment il leur ménage une place dans son schéma explicatif du monde juridique, comment le concept de norme de compétence s'insère dans le concept de norme proposé de manière plus générale, et comment ce concept prend place dans sa vision de l'ontologie du droit et de l'épistémologie des sciences juridiques.

L'importance de la question, d'un point de vue interne à l'ambition de la théorie juridique d'A. Ross, le conduit à proposer des réflexions particulière-

24 V. Kelsen (1911 : 206, 233–235 & 253 ; 1997 : 111–115 & 192).

25 Ross (1958a : 35, 52 & 158 ; 1958b : 143 ; 1968 : 90–92).

26 Ross (1958a : 33, 170 & 208).

27 Ross (1958a : 33). V. également Ross (1958a : 52 ; 1968 : 91–92 & 126).

ment originales.²⁸ Plusieurs années avant la parution de *The Concept of Law* d'H.L.A. Hart, où se trouve particulièrement argumentée la distinction entre « règles primaires » et « règles secondaires »,²⁹ avant la défense du concept de norme permissive offerte par G.H. von Wright,³⁰ avant l'*Allgemeine Theorie der Normen* de H. Kelsen qui proposera de retenir quatre types de normes – prescriptives, permissives, d'habilitation et d'abrogation –,³¹ le juriste danois offre une réflexion détaillée et systématique à propos du thème des normes de compétence et avance deux manières de les concevoir (1).

Ces deux thèses présentent l'une et l'autre des avantages et des inconvénients en vue de l'analyse concrète du droit positif. Cette critique externe de la théorie d'A. Ross, qui tient à la possibilité de la mettre en œuvre de manière pertinente dans le cadre du travail quotidien des juristes, ne sera pas abordée ici.³² Seule sera présentée une analyse interne de la pensée du juriste danois. Celle-ci tentera de comprendre comment les deux thèses qu'il avance concernant la manière dont les normes de compétence doivent être comprises s'harmonisent entre elles ainsi qu'avec l'ensemble de son arrière-plan théorique (2).

1 LA DOUBLE THÉORIE ROSSIENNE DES NORMES DE COMPÉTENCE

Diverses thèses existent au sein de la littérature juridique au sujet des normes de compétence.³³ Deux d'entre elles sont explicitement illustrées par certaines réflexions d'A. Ross. La première nie l'autonomie conceptuelle des règles de compétence et propose de les réduire à des normes prescriptives (1.1). Au contraire, la seconde leur confère un statut original et irréductible aux normes de conduite (1.2).

1.1 La thèse des prescriptions indirectes

Bien qu'elle soit clairement affirmée par A. Ross, la thèse selon laquelle les normes de compétence se réduisent à des prescriptions formulées de manière indirecte (1.1.1) ne s'accorde pas avec certaines des réflexions qu'il formule par ailleurs (1.1.2).

28 En ce sens, du point de vue de l'histoire de la pensée juridique scandinave, v. Strömberg (1984 : 564) ; Jensen (1988 : 16).

29 Hart (1976 : spéc. 44–61 & 103–125). L'identité de la distinction entre règles primaires et règles secondaires, d'une part, et entre normes de comportement et normes de compétence, d'autre part, est affirmée par Ross (2004 : 184).

30 von Wright (1963 : spéc. 71, 85–92 & 192–194).

31 Kelsen (1965 : 57–70 ; 1996 : 1 & 125–150).

32 V. à ce sujet Tusseau (2004 : 110–117 & 166–181).

33 Pour un exposé complet, v. Tusseau (2004 : 63–296).

1.1.1 Une approche réductionniste des concepts juridiques

Les normes de compétence ne font pas exception au modèle de norme élaboré par A. Ross. Elles semblent intuitivement s'adresser aux autorités de manière plus évidente que les « normes de conduite ». Mais c'est précisément en raison de la possibilité de les réduire à ces dernières que A. Ross les appréhende comme des prescriptions adressées aux tribunaux.³⁴ Selon lui, dans *On Law and Justice*,

d'après leur contenu immédiat, les normes juridiques peuvent être divisées en deux groupes : les normes de conduite et les normes de compétence ou de procédure. Le premier groupe comprend les normes qui prescrivent un certain comportement /.../. Le second comprend celles qui créent une compétence (pouvoir, autorité). Ces dernières sont des directives à l'effet que les normes produites conformément à une procédure prévue doivent être considérées comme des normes de conduite. Une norme de compétence est donc une norme de conduite exprimée de manière indirecte /.../. Elle prescrit de se comporter selon ce que prescrivent les autres normes de conduite qui apparaissent à travers la législation.³⁵

L'apparente dualité des normes juridiques est donc immédiatement réduite à l'unité. A. Ross procède de la même manière dans un autre ouvrage, où il affirme que

tout système juridique /.../ contient non seulement des normes de conduite, qui prescrivent comment agir, mais également des normes de compétence, qui prévoient comment de nouvelles normes valides et obligatoires peuvent être créées en réalisant des *actes juridiques*. Les normes de compétence sont logiquement réductibles aux normes de conduite de la manière suivante : les normes de compétence obligent à agir conformément aux normes de conduite créées selon la procédure qu'elles prévoient.³⁶

Dans la mesure où toute norme est adressée au juge, une norme de compétence prescrit au tribunal de n'ordonner l'emploi de la force que conformément aux normes produites selon la procédure qu'elle fixe.

Sa théorie empiriste des normes juridiques permet à A. Ross de développer une analyse originale. La thèse des prescriptions indirectes, qu'il est le premier à formuler de manière aussi claire, a en effet connu une fortune considérable.³⁷ Cependant, la réduction des normes de compétence à des prescriptions indirectes heurte d'autres aspects de sa réflexion.

34 Ross (1958a : 33).

35 Ross (1958a : 32).

36 Ross (1968 : 118).

37 V. p. ex. Kelsen (1996 : 348–349) ; Ziemiński (1970 : 24–29 ; 1988 : 164, 165, 167–168 & 171–179) ; Raz (1980 : 21–23 & 166) ; MacCormick (1992 : 68 ; 1998 : 503–504 & 506) ; Bobbio (1998 : 129) ; Nino (1985 : 86–87 ; 1986 : 44 & 48) ; de Béchillon (1997 : 179–180).

1.1.2 Les ambiguïtés du réductionnisme d'A. Ross

Cinq types de difficultés apparaissent dans la théorie rossienne des normes.

En premier lieu, conformément à une méthodologie empiriste, A. Ross estime que les propositions de la science du droit doivent être vérifiées. Contrôler la vérité de la proposition selon laquelle une norme de compétence est valide consiste à examiner la probabilité que les normes de comportement produites en vertu de cette compétence soient appliquées par les tribunaux.³⁸ Une telle procédure de vérification peut être mise en œuvre dans deux hypothèses. Soit la violation d'une norme de compétence a pour effet une annulabilité, de sorte que les tribunaux ont l'ordre de n'appliquer que les normes créées conformément à la norme de compétence. Soit la violation d'une norme de compétence par un acteur entraîne la mise en jeu de sa responsabilité devant un juge. A. Ross note que

si une norme de compétence n'a aucune de ces conséquences, il est impossible de la comprendre comme une norme de conduite formulée indirectement. Tel peut être le cas de certaines règles constitutionnelles.³⁹

Il donne l'exemple d'une norme exigeant trois lectures pour produire une loi. Selon lui, elle n'est pas « valide » au sens de sa théorie. Il s'agit d'une règle imparfaite qui ne donne aux tribunaux aucune directive sur l'usage de la force. Elle n'est dite appartenir au droit qu'en raison de sa force morale ou idéologique.⁴⁰ Ces réflexions semblent incompatibles avec d'autres thèses d'A. Ross. A première vue, le droit constitutionnel se présente bien comme du droit au sens d'idéologie agissante dans l'esprit des juristes et des juges.⁴¹ Il souligne d'ailleurs lui-même que refuser le nom de « droit » au droit constitutionnel va à l'encontre des conceptions communes.⁴² En refusant de tirer cette conclusion, A. Ross semble admettre un type d'entité juridique dont la nature n'est pas spécifiée, mais qui n'est ni une norme de conduite ni une norme de compétence. Il limite ainsi la portée de sa thèse réductionniste.

En deuxième lieu, étant donné le lien nécessaire qu'il établit entre droit et coercition,⁴³ le juriste danois estime que les normes dans leur ensemble *concernent* l'emploi de la force.⁴⁴ Il s'oppose à l'idée que le droit soit un ensemble de règles dont *chacune s'appuie sur* la force. Premièrement, adopter cette dernière thèse impliquerait que toute norme repose sur une autre norme qui sanctionne

38 Ross (1958a : 51).

39 Ross (1958a : 51).

40 Ross (1958a : 51).

41 Ross (1968 : 90).

42 Ross (1958a : 53).

43 Ross (1946 : 111–112).

44 Ross (1958a : 52–53). V. de même Ross (1968 : 89–90).

sa violation, cette deuxième norme étant également associée à une troisième, ce type de relation entraînant une régression à l'infini. Deuxièmement, A. Ross estime qu'adopter une vision différente exclurait du droit les normes de compétence, qui ne sont pas soutenues par la force. A deux titres, ce dernier argument s'accorde mal avec sa théorie des normes. Il présuppose tout d'abord l'irréductibilité des normes de compétence aux normes de comportement. Il contredit donc la thèse réductionniste. Il offre ensuite le moyen de maintenir le droit constitutionnel, dont la juridicité est parfois mise en doute, dans le domaine du droit : si l'on estime que le droit constitutionnel n'est pas un ensemble de normes sanctionnées, il est tout à fait acceptable de considérer en revanche qu'il se rapporte à l'usage de la force. A. Ross tire d'ailleurs précisément cette conclusion dans *Directives and Norms*.⁴⁵

En troisième lieu, il souligne le fait que son concept de droit est caractérisé par deux traits. Tout d'abord, le droit est conçu comme un ensemble de règles concernant l'usage de la force. Ensuite, il consiste non seulement en normes de conduite mais également en normes de compétence.⁴⁶ Si ces dernières ne sont que des prescriptions indirectes, pourquoi insister sur cette distinction ? Pourquoi, surtout, faire de leur présence l'une des caractéristiques du concept de droit ? La thèse réductionniste est incompatible avec cette définition.

En quatrième lieu, selon A. Ross,

une norme de compétence détermine une procédure pour produire des directives juridiques. En elle-même, la norme de compétence n'est pas immédiatement une directive. Elle ne prescrit pas cette procédure comme une obligation. C'est un modèle d'action en un sens différent des normes de conduite, car elle indique uniquement le modèle qui doit être suivi pour produire des directives valides. En elle-même, la norme de compétence ne dit pas que la personne habilitée est obligée d'exercer sa compétence. C'est pourquoi les normes de compétence ne peuvent pas être 'appliquées' directement par les tribunaux. Seules les normes de conduite le peuvent. Les normes de compétence peuvent uniquement acquérir une signification indirecte lors d'une action juridictionnelle, en tant que présupposés pour la question de savoir si une norme de conduite valide existe ou non.⁴⁷

Mais si les normes de compétence n'étaient que des normes de conduite indirectement formulées, comme il le prétend par ailleurs, il n'y aurait aucun obstacle à leur mise en œuvre par les tribunaux. Il serait notamment possible qu'un tribunal fasse directement respecter une norme de compétence en n'appliquant pas une norme créée en violation de ce qu'elle prévoit ou en engageant la responsabilité de son auteur fautif. Or le juriste danois ne tire pas cette conséquence.

45 Ross (1968 : 90).

46 Ross (1958a : 59).

47 Ross (1958a : 207). V. de même Ross (1946 : 111).

En cinquième lieu, A. Ross suggère dans ce passage que les normes de compétence guident la conduite d'une manière particulière, distincte des prescriptions. En dépit de la possibilité logique de réduire les normes de compétence aux normes prescriptives, une analyse soucieuse de la manière dont le droit influe sur la conduite, pourrait donc au contraire conduire à les en différencier nettement.⁴⁸

Il apparaît ainsi qu'A. Ross entretient une vision des normes plus riche qu'il ne semble à première vue. De manière imprécise et implicite, au prix de multiples contradictions, certaines réflexions le conduisent à admettre l'irréductibilité des normes de compétence aux normes de comportement. En dépit de l'adoption expresse d'une thèse réductionniste, il éprouve le besoin de recourir à d'autres concepts afin d'appréhender les phénomènes juridiques que recouvre l'idée de compétence.

1.2 La thèse des règles constitutives

En dépit de ses affirmations réductionnistes, le juriste danois admet par endroits l'existence de deux types de règles radicalement distincts (1.2.1). Les normes de compétence se trouvent ainsi dotées d'un statut propre et original (1.2.2).

1.2.1 La distinction des règles régulatrices et des règles constitutives

La distinction des règles régulatrices et constitutives est associée à la philosophie du langage de J.R. Searle.⁴⁹ Celui-ci estime que

[p]remièrement, parler une langue, c'est réaliser des actes de langage, des actes comme : poser des affirmations, donner des ordres, poser des questions, faire des promesses, et ainsi de suite, et, dans un domaine plus abstrait, des actes comme : référer, prédiquer ; deuxièmement : ces actes sont en général rendus possibles par l'évidence de certaines règles régissant l'emploi des éléments linguistiques, et c'est conformément à ces règles qu'ils se réalisent.⁵⁰

La structure et les effets de chaque acte de langage est fonction des conventions qui le gouvernent. J.R. Searle consacre en conséquence une étude importante à ce thème. Il oppose des règles dites « régulatrices » et des règles dites « constitutives ».⁵¹

Selon un premier critère de distinction, les règles régulatrices gouvernent des comportements qui existent indépendamment d'elles. Au contraire, les règles

48 V. spéc. en ce sens Hart (1993 : 136) ; Raz (1980 : 159–171 & 228–229) ; MacCormick (1998 : 493–506) ; Atienza & Ruiz Manero (1998 : 66–71, 108, 139–140 & 169–170).

49 V. spéc. Searle (1964 : 55–56 ; 1965 : 223–224 ; 1972 : 72–82 & 91–94).

50 Searle (1964 : 52). V. également Searle (1964 : 48, 53 & 59).

51 Searle (1964 : 55 ; 1965 : 223–224 ; 1972 : 72). Le parti a été pris, conformément à un usage répandu, de s'écarter de la traduction française, qui emploie l'expression « règle normative » au lieu de « règle régulatrice ».

constitutives définissent de nouvelles formes de comportement.⁵² Ainsi, les règles d'un jeu ne se limitent pas à réguler le déroulement des parties, mais « créent pour ainsi dire la possibilité même d'y jouer. »⁵³ Deux conséquences s'ensuivent. Indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'une règle régulative, il est tout d'abord possible de donner la même description du comportement qu'elle régit. Ainsi l'action de se laver les dents peut être décrite de la même manière, qu'elle soit soumise ou non à une règle qui la rend obligatoire. Au contraire, une activité régie par une règle constitutive, tel un match de football, peut recevoir des descriptions qu'il serait impossible de donner si cette règle n'existait pas.⁵⁴ Elle s'avère ainsi non un simple « fait brut », mais un « fait institutionnel ».⁵⁵ Ensuite, « les règles constitutives ne comportent pas toutes des sanctions. /.../ On ne voit vraiment pas comment même on pourrait violer la règle qui définit l'échec et mat aux échecs. »⁵⁶

Selon un second critère de distinction,

les règles [régulatives] se présentent typiquement sous la forme de tournures impératives ou peuvent être paraphrasées sous cette forme /.../. Certaines règles constitutives prendront une forme tout à fait différente, par exemple : 'un roi est échec et mat lorsqu'il se trouve attaqué de façon telle qu'il ne peut ni se défendre, ni fuir'.⁵⁷

J.R. Searle souligne que ces règles

ont un caractère quasi tautologique, car il semble que l'apport de la 'règle' soit seulement une partie de la définition de 'l'échec et mat' /.../. Que de telles affirmations puissent être interprétées comme des affirmations analytiques est l'indice qui permet de considérer la règle en question comme une règle constitutive.⁵⁸

La forme caractéristique d'une règle régulative est du type « Faites X » ou « si Y, alors faites X ». Une règle constitutive a pour schéma « X revient à Y », ou « X revient à Y dans la situation S ». ⁵⁹ Selon J.R. Searle, parler une langue n'est autre que se conformer à des ensembles de règles constitutives.⁶⁰

Apparemment,⁶¹ c'est pourtant indépendamment de cet auteur qu'A. Ross parvient à une analyse similaire et oppose les règles régulatrices et les règles constitutives. Il distingue deux types de relations entre les règles et l'activité hu-

52 Searle (1972 : 73 ; 1964 : 55 ; 1965 : 224).

53 Searle (1972 : 72).

54 Searle (1972 : 74-75 ; 1964 : 52-53).

55 Searle (1964 : 52-55 ; 1972 : 77 & 91-93).

56 Searle (1972 : 81).

57 Searle (1972 : 73).

58 Searle (1972 : 73-74 ; 1965 : 224).

59 Searle (1972 : 74 ; 1965 : 224).

60 Searle (1972 : 76 ; 1965 : 225).

61 V. Ross (1968 : 53 n. 1), précisant qu'il avait rédigé ce passage avant la parution des travaux de J.R. Searle.

maine sur laquelle elles portent.⁶² Des « activités naturelles »⁶³ sont logiquement indépendantes des règles qui les gouvernent. Il est ainsi possible de garer son véhicule indépendamment de l'existence ou de l'absence de norme juridique. D'autres activités, tel le jeu d'échecs, consistent à entreprendre des actions selon des règles. Indépendamment des règles, le déplacement d'une pièce de bois sur une planche bicolore n'a aucun sens particulier. Il n'est possible d'y voir un « mouvement » d'un « jeu » qu'au regard de certaines règles. Les règles des échecs définissent le jeu comme une institution et fournissent les conditions logiquement nécessaires pour réaliser les mouvements. Elles revêtent les actions de leur signification particulière de mouvements, intègrent les différents mouvements en un tout cohérent. Il est ainsi possible d'opposer les règles régulatrices et les règles constitutives. Dans la mesure où elles définissent le jeu, les règles des échecs ne peuvent être violées. Ne pas les respecter n'est pas à proprement parler les violer, mais simplement ne plus jouer aux échecs.⁶⁴ Ensuite, à la différence des commandements, ces règles ne sont pas suivies en raison de la crainte de sanctions.

Nombreuses sont les règles juridiques constitutives. Légiférer ou établir un testament ne sont pas des actes naturels, mais des actes constitués par des règles.⁶⁵ Son concept de règle constitutive permet précisément au juriste danois d'offrir une nouvelle vision des normes de compétence.

1.2.2 *Les normes de compétence comme règles constitutives*

La plupart des normes juridiques apparaissent à la suite d'actions humaines. Mais une aptitude naturelle est insuffisante à faire advenir une norme. Il est nécessaire que ces actions soient réalisées suivant des règles, qui les « constituent » tout comme les règles des échecs « constituent » les mouvements du jeu.⁶⁶ Ces règles, dites « règles de compétence », posent les conditions nécessaires et suffisantes de validité des actes normatifs.⁶⁷

Toute norme de compétence définit un acte juridique, c'est-à-dire indique les conditions pour produire du droit valide. Ces conditions peuvent être divisées en trois groupes déterminant respectivement (1) l'organe compétent pour réaliser l'acte juridique (compétence personnelle), (2) la procédure (compétence formelle) et (3) le contenu possible de l'acte juridique (compétence matérielle).⁶⁸

Selon le juriste danois,

62 Ross (1968 : 53–57).

63 Ross (1968 : 53).

64 Ross (1968 : 54).

65 Ross (1968 : 56, 136).

66 Ross (1968 : 130–131).

67 Ross (1958a : 79 ; 1968 : 96 ; 1972 : 209).

68 Ross (1958a : 204). V. de même Ross (1968 : 96 & 130 ; 2004 : 205 & 170 ; 1972 : 210).

une norme de compétence institue (*constitutes*) une autorité définie par la somme des conditions nécessaires et suffisantes pour l'édition de règles juridiques. En ce sens, nous pourrions également dire que l'autorité est une personnification de l'ensemble du processus d'édition du droit, défini par des règles concernant les conditions tenant à l'auteur, à la procédure, et à la matière.⁶⁹

Dans cette perspective, il est possible d'estimer que les normes de compétence correspondent au concept de norme constitutive. Elles semblent créer tantôt la compétence elle-même,⁷⁰ tantôt le type de norme ou d'acte juridique produit dans l'exercice de la compétence,⁷¹ tantôt de nouvelles formes d'activité,⁷² tantôt des autorités.⁷³ Elles établissent parfois les conditions dans lesquelles une promulgation a force de droit ou une nouvelle norme est créée.⁷⁴ A. Ross suggère toutefois que ces éléments vont nécessairement de pair.⁷⁵

L'expression la plus claire de cette conception se trouve dans *Directives and Norms*. A. Ross y écrit que

la compétence est l'aptitude juridiquement établie de produire des normes juridiques (ou des effets juridiques) à travers et en accord avec des énonciations à cet effet /.../. La norme qui établit cette aptitude est appelée 'norme de compétence'. /.../ Les normes de compétence sont, comme les règles de jeu, constitutives.⁷⁶

Ainsi s'explique l'idée que les normes de compétence ne sont pas des directives au sens propre, de la même manière que les normes prescriptives. Dans la mesure où elles définissent les modalités de création d'une nouvelle norme, « si une tentative de légiférer ne satisfait pas ces conditions, le résultat est dit *invalide* ou *nul et de nul effet*. »⁷⁷ C'est pourquoi, à strictement parler et à la différence des règles qui ordonnent ou interdisent des comportements naturels sous peine de sanction, les règles de compétence ne peuvent pas être violées.⁷⁸

Puisqu'une norme de compétence indique les conditions pour la création d'une norme, il est tautologique d'affirmer qu'une tentative d'exercer cette compétence *ultra vires* (hors du champ de cette compétence) ne parvient pas à créer de norme juridique. On exprime cela en disant que l'acte juridique projeté est invalide ou que le fait de ne pas se conformer à une norme de compétence aboutit à une invalidité.⁷⁹

69 Ross (2004 : 206).

70 Ross (1958a : 32 ; 1968 : 96).

71 Ross (1958a : 76 & 204 ; 1968 : 56).

72 Ross (1968 : 131).

73 Ross (1958a : 80–81 ; 2004 : 206).

74 Ross (1958a : 79, 81 ; 1968 : 96, 130–131).

75 V. p. ex. Ross (1929 : 357 & 360 ; 1958a : 204 ; 2004 : 226).

76 Ross (1968 : 130–131).

77 Ross (1968 : 96). V. de même Ross (1968 : 131 ; 1972 : 210).

78 Ross (1929 : 302–303 ; 1968 : 54).

79 Ross (1929 : 131).

A l'instar de J.R. Searle, A. Ross établit ainsi le caractère de règle constitutive des normes de compétence.

Les éléments textuels au soutien de l'idée qu'A. Ross défend la thèse selon laquelle les normes de compétence doivent être comprises comme des prescriptions indirectement formulées semblent donc tout aussi nombreux et tout aussi probants que ceux qui accréditent l'adoption de la thèse selon laquelle, les normes de compétence faisant partie des règles constitutives, elles sont irréductibles aux règles de comportement. La présence de ces deux thèses apparemment antagonistes contraint à un examen approfondi de la cohérence interne de sa démarche.

2 LES INCERTITUDES DE LA THÉORIE ROSSIENNE DES NORMES DE COMPÉTENCE

La double théorie rossienne des normes de compétence invite à s'interroger, au-delà de cette question circonscrite, sur l'architecture générale de la pensée du juriste danois. Du point de vue d'une critique interne, l'analyse doit se développer à deux niveaux. Il est tout d'abord nécessaire de tenter de comprendre comment les deux thèses relatives à l'analyse des normes de compétence sont susceptibles de s'articuler l'une avec l'autre (2.1). De manière plus fondamentale, il convient de s'interroger sur la place de la réflexion d'A. Ross sur ce thème au sein de son projet de fondation d'une science juridique réaliste (2.2).

2.1 La conciliation des deux thèses relatives aux normes de compétence

Différentes démarches se présentent afin d'expliquer la présence de deux thèses relatives à la manière dont il convient de concevoir les normes de compétence. Les lacunes des tentatives d'explication courantes (2.1.1) invitent à proposer un autre type d'analyse (2.1.2).

2.1.1 Les tentatives d'explication existantes

Selon la reconstruction dominante, le juriste danois aurait, dans un premier temps, conçu les normes de compétence comme des prescriptions indirectes, ainsi qu'en témoignerait *On Law and Justice*. Il aurait ensuite, dans *Directives and Norms*, rompu avec cette approche, et conçu les normes de compétence en termes de règles constitutives.⁸⁰ Il est possible de formuler deux séries de critiques à l'encontre de cette lecture. Tout d'abord, A. Ross n'a pas renié la théorie

80 V. p. ex. Bulygin (1991 : 491) ; Gascón (1997 : 141–142) ; González Lagier (1995 : 378–379) ; Mendonca (1992 : 148).

des prescriptions indirectes dans l'ouvrage paru en 1968. Il maintient presque à l'identique plusieurs passages d'*On Law and Justice*. Ensuite, dans ce dernier ouvrage publié en danois en 1953, il est fait mention à plusieurs reprises de l'idée que les normes de compétence sont des règles constitutives. Dès lors, l'hypothèse d'une évolution de sa pensée ne résiste pas à l'analyse.⁸¹

Il est ensuite possible de minimiser l'importance réelle qu'aurait eue dans la pensée du juriste danois l'une ou l'autre des deux thèses. Telle est notamment l'approche de G. Carcaterra. Celui-ci considère que la thèse constitutiviste est négligeable.

Alf Ross n'est pas parvenu à tirer profit de ses 'constitutives rules' dans le domaine juridique. /.../ Il avait posé là les prémisses d'une théorie capable de concevoir les actes normatifs et les normes en termes de performatifs et de règles constitutives. Mais ces prémisses sont demeurées sans conséquence, car ces considérations dans *Directives and Norms* représentent un discours incident. Elles ne sont pas employées dans la suite de l'ouvrage, lorsque Ross affronte et résout en termes prescriptivistes le problème de la norme juridique.⁸²

Une telle reconstruction ne rend pas justice aux affirmations répétées et aux argumentations détaillées qu'offre A. Ross. De plus, en disqualifiant l'une des branches du problème à affronter, elle esquivé la difficulté d'interprétation que recèle sa pensée. De ce fait, elle ne permet pas d'expliquer la présence simultanée de ces deux thèses.

Seul J. Ferrer Beltrán a véritablement prétendu concilier les deux thèses en offrant une reconstruction charitable de la pensée de A. Ross.⁸³ Il envisage deux possibilités. Un premier moyen de réconcilier ses écrits consiste à considérer que les catégories de règle constitutive et règle régulative ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Alors, une norme de compétence peut à la fois être une prescription indirecte et une règle constitutive. Mais aux yeux de J. Ferrer Beltrán, A. Ross oppose trop nettement règles régulatrices et règles constitutives pour que cette hypothèse soit retenue. C'est pourquoi il propose de comprendre l'idée selon laquelle les normes de compétence sont des normes de comportement indirectement formulées de la manière suivante. Il s'agirait de règles qui établissent indirectement ce qui doit être fait. Elles auraient pour fonction d'identifier les normes de conduite qui établissent directement les obligations. « Il s'agirait [en d'autres termes] de reconduire l'interprétation du premier modèle des normes de compétence vers le second modèle exposé. »⁸⁴ Selon le juriste espagnol, dans la mesure où les normes de compétence ne prescrivent aucun comportement aux autorités, elles ne peuvent être directement appliquées par elles. Celles-ci

81 De même, v. Ferrer Beltrán (1996 : 547 ; 2000 : 86 & 94).

82 Carcaterra (1988 : 74).

83 Ferrer Beltrán (1996 : 547–550 ; 2000 : 94–97).

84 Ferrer Beltrán (1996 : 548 ; 2000 : 95).

n'emploient les normes de compétence qu'indirectement, à travers l'application des normes édictées en vertu de ces compétences. Il conclut alors à l'opportunité d'exclure A. Ross des théories prescriptivistes.

Si cette reconstruction ne manque pas de séductions, elle appelle toutefois plusieurs remarques. Sur le plan méthodologique, la conclusion est tout d'abord démesurée au regard des prémisses de l'argumentation. J. Ferrer Beltrán procède en effet à une reconstruction charitable de la pensée d'A. Ross. Il souligne lui-même que d'autres appréciations sont possibles, tel, au premier chef, le constat d'une incohérence.⁸⁵ Dès lors, il ne semble pas légitime de fonder sur cette argumentation l'exclusion de A. Ross des auteurs proposant une théorie prescriptiviste des normes de compétence. Ensuite, cette tentative de reconstruction ne se fait qu'au prix de l'abandon de l'une des deux thèses rossiennes. Il ne s'agit donc pas d'établir une cohérence, mais de faire prévaloir l'un des deux termes d'un antagonisme insoluble.

Le contenu de la reconstruction proposée par le juriste espagnol appelle également des réserves. Elle repose en effet sur un élément que J. Ferrer Beltrán a par ailleurs critiqué. L'une des interprétations possibles de la théorie des normes de compétence de A. Ross consiste à les appréhender comme des normes prescrivant aux tribunaux de considérer les directives créées d'une certaine manière comme des normes de conduite. Or aux yeux de J. Ferrer Beltrán cette thèse « s'avère très insuffisante, dans la mesure où ce comportement est une attitude [strictement] psychologique (considérer une norme comme une norme de conduite) »⁸⁶ définie de manière trop vague. La seule différence entre cette vision, qu'il exclut, et celle qu'il adopte tient au fait que dans la version critiquée, les normes de compétence *prescrivent une identification*, tandis que dans la reconstruction, elles *identifient* elles-mêmes. L'éventuelle différence semble extrêmement ténue, de sorte que la critique initiale de J. Ferrer Beltrán devrait également porter contre sa propre reconstruction. Pour sa part, l'argument selon lequel les normes de compétence prescriraient de considérer certains éléments – qu'elles constituent – comme des normes de comportement s'avère, sur le plan d'une reconstruction cohérente de la pensée d'A. Ross, plus satisfaisant. Il revient toutefois à faire des normes de compétence des règles simultanément régulatrices et constitutives, en dépit de l'opposition qu'établit entre elles le juriste danois.

Il apparaît dès lors extrêmement difficile de reconstruire une théorie cohérente des normes de compétence qui ménage les différentes affirmations d'A. Ross. L'hypothèse d'une contradiction semble de ce fait la plus solide. Il est toutefois possible de suggérer une autre lecture de sa réflexion.

85 En ce sens, v. p. ex. Carcaterra (1988 : 80 n. 19).

86 Ferrer Beltrán (2000 : 88).

2.1.2 *L'hypothèse proposée*

Le fait qu'A. Ross défende, de manière aussi détaillée, deux thèses aussi fortes, ne permet pas d'écarter l'une au profit de l'autre. Il semble difficile de les réconcilier dès lors que l'on considère qu'elles ont pour fonction de rendre compte d'un même objet à des fins scientifiques identiques. Il est possible de proposer une voie de réconciliation, consistant à situer la pertinence de chacune des deux thèses sur des plans distincts. De ce fait, chacune se voit conférer une utilité déterminée, dans un cadre circonscrit.

La théorie des obligations indirectes se situe sur le plan de l'économie des concepts. Elle autorise, sinon la construction d'une logique des normes,⁸⁷ pour le moins à enrégimenter le langage juridique au moyen de concepts présentés, à la suite de W.N. Hohfeld, comme fondamentaux à trois titres. Ils sont tout d'abord compréhensifs en ce que toutes les positions juridiques peuvent être exprimées à travers eux. Ils sont ensuite suffisants en ce que toutes les positions juridiques peuvent être exprimées à travers eux seuls. Ils sont enfin irréductibles en ce qu'ils ne peuvent être fragmentés en rien de plus élémentaire.⁸⁸ Cet appareil conceptuel est formé des huit concepts d'obligation, prétention, permission et non-prétention, d'une part, et de sujétion, compétence, immunité et inaptitude, d'autre part. Ils permettent d'appréhender et de décomposer toutes les situations juridiques. Tous se ramènent ensuite, selon une technique qui pour sa part rompt avec la perspective de W.N. Hohfeld, au seul concept d'obligation ou de norme prescriptive.⁸⁹ Cette démarche participerait donc de la réduction analytique du langage juridique.⁹⁰ Elle fournit une norme de rigueur afin d'appréhender de manière uniforme et rigoureuse tous les énoncés juridiques et de les convertir les uns dans les autres jusqu'à les réduire à une donnée fondamentale, qui concorde avec les intuitions les plus basiques à l'égard des phénomènes juridiques : l'obligation et la coercition.⁹¹ Elle assure également la réduction du nombre d'entités métaphysiques qui peuplent l'univers courant des juristes. Présenter l'ensemble du droit sous une forme unique, simple et intuitive autorise une science réaliste à décrire son objet de manière aisée.

La théorie des règles constitutives se situe davantage dans la perspective d'une étude du point de vue des acteurs du droit.⁹² Il serait ainsi possible de

87 V. spéc. sur ce thème Ross (2004 : 39–59 ; 1968).

88 Halpin (1985 : 436).

89 Ross (1958a : 162 ; 1968 : 120). V. également, Ross (1947 : 26–28, 192).

90 Sur cette dimension de la réflexion « logique » d'A. Ross, v. spéc. Champeil-Desplats (2002 : 29–41).

91 V. en ce sens Ross (1968 : 116–120).

92 Sur la distinction entre point de vue interne et point de vue externe, largement anticipée par Ross, v. spéc. Hart (1976 : 114, 124, 129–136). V. également à ce sujet les remarques de Ross (2004 : 186–188). Au contraire, Hart (2000 : 47–50) conteste ce rapprochement.

rejoindre une dimension importante de la théorie d'A. Ross : l'adoption d'une approche introspective de l'action du droit sur ses destinataires.⁹³ L'une des dimensions de la réalité des règles juridiques tient précisément à l'expérience qu'en ont les acteurs.⁹⁴ Les normes sont valides en ce qu'elles sont effectivement suivies, et suivies parce qu'elles sont ressenties socialement comme devant être respectées.⁹⁵ Chez lui, en effet, dans une certaine mesure,

la norme est un construit gnoseologique (un modèle théorique, un schéma d'explication) qui permet aux sciences sociales d'expliquer l'effectivité sociale /.../ d'une directive (modèle pratique, schéma d'action /.../ imputable à l'existence d'un ordre conventionnel.⁹⁶

Le concept de norme constitutive permettrait ainsi, de manière empathique, de rationaliser l'expérience d'activités normatives à l'intérieur de schémas préordonnés.⁹⁷ Il s'agit de comprendre le « droit en mouvement », l'activité humaine et notamment les sentiments, la psychologie, le raisonnement des juges lorsqu'ils produisent du droit. De ce point de vue, les normes de compétence sont présentées comme constitutives de nouvelles capacités d'action et de nouvelles formes d'activités. Telle est bien la manière dont il est possible de rendre compte de leur appréhension dans l'idéologie des juges qui produisent du droit, respectent leurs conditions sauf à produire une norme qui encourt l'annulation. Ces normes sont donc bien des modèles de conduite spécifiques.⁹⁸ Dans la mesure où il s'agit de règles constitutives, les individus se les appliquent à eux-mêmes sans que la coercition soit nécessaire. En effet, ainsi que l'a mis en évidence H.L.A. Hart,⁹⁹ ces normes portent en elles-mêmes leur « sanction » puisque faute de les respecter, le résultat normatif projeté n'est pas atteint, tout comme aux échecs le coup projeté n'est pas réalisé. Il n'est donc pas nécessaire de leur adjoindre une mesure coercitive spécifique. Ces normes se présentent comme inviolables et seule la volonté de réaliser les mouvements du jeu en question ou de produire une norme – et non la peur d'une éventuelle sanction – conduit les joueurs à les respecter.

La théorie des obligations indirectes et celles des normes constitutives représenteraient alors deux grilles de lectures indépendantes des phénomènes juridiques, ceux-ci étant envisagés sous des angles différents, autorisant une complète appréhension réaliste du droit.

93 V. p. ex. Ross (1958a : 15).

94 Ross (1958a : 16).

95 Ross (1958a : 18).

96 Savoini (1982 : 402–403). Sur ce thème, v. également Pattaro (1984 : 103–146).

97 Pollastro (1983 : 244–247).

98 Ross (1958a : 207).

99 Hart (1976 : 44–61, 92–94, 290 ; 1993 : 131–133). V. de même Alchourrón & Bulygin (1991 : 439–463) ; Bulygin 1991.

En s'appuyant sur les diverses dimensions de son projet, il apparaît dès lors possible de réconcilier les deux thèses relatives aux normes de compétence que propose A. Ross. Il n'en demeure pas moins nécessaire de préciser si sa théorie du pouvoir de créer du droit l'autorise à surmonter les critiques qu'il adresse à la doctrine juridique régnante.

2.2 Le succès de la théorie des normes de compétence dans le projet réaliste

Le reproche essentiel qu'adresse A. Ross aux théories usuelles tient au fait qu'en dernier ressort, elles sont conduites à choisir le fait ou la norme comme fondement ultime du droit, ce choix les contraignant immédiatement à adopter l'autre branche de l'alternative, dans un processus simultané de cercle vicieux et de régression à l'infini. Il est nécessaire d'examiner si la forme de réalisme proposée par le juriste danois, appuyée sur sa théorie des normes de compétence, permet véritablement d'échapper à cette aporie. Les incertitudes ne manquent pas en la matière, puisqu'en repoussant tour à tour la doctrine traditionnelle, sa radicalisation normativiste et sa radicalisation réaliste américaine, A. Ross semble s'exposer aux difficultés des unes et des autres (2.2.1). Il est cependant en mesure de les affronter s'il renoue avec les sources de son projet théorique (2.2.2).

2.2.1 *Les incertitudes de la voie médiane entre normativisme et réalisme américain*

Le problème que rencontre le réalisme d'A. Ross est énoncé avec une force particulière dans son article « A propos de l'auto-référence et d'une énigme du droit constitutionnel ».¹⁰⁰ La norme de compétence, où se joue la solution des antinomies de la pensée juridique, peut résulter elle-même de l'action d'une autorité particulière. Pour ce faire, cette dernière doit avoir mis en œuvre une norme de compétence, émise par une autre autorité. La perspective d'une régression à l'infini se profile alors :

Puisque la série d'autorités ne peut pas être infinie, la conclusion inévitable qui s'ensuit est qu'il doit exister une autorité supérieure à toutes les autres, dont la compétence n'est dérivée d'aucune autre.¹⁰¹

Deux solutions se présentent : soit cette norme de compétence ultime, adressée à l'autorité ultime, est édictée par cette autorité elle-même ; soit la validité de cette norme ne repose sur aucune autre norme, et constitue en conséquence un fait originel ou une présupposition pour la validité des autres normes du

100 Ross (2004 : 205–226).

101 Ross (2004 : 206).

système.¹⁰² Ces solutions sont inacceptables à ses yeux. C'est pourquoi A. Ross considère dans ce texte que la norme qui institue la plus haute autorité n'est pas la norme fondamentale du système. Celle-ci est une norme dont l'existence est supposée et qui confère sa compétence à l'autorité ultime. Ce retour à la théorie kelsénienne, alors qu'au même moment H. Kelsen rompt avec sa théorie initiale et considère la norme fondamentale comme une simple fiction¹⁰³ ne manque pas de surprendre. Il conduit à donner la primauté à l'élément « validité » des phénomènes juridiques et expose de ce fait A. Ross à sa critique du normativisme.

Il repousse également une autre solution, qu'il a un temps adoptée. Dans *On Law and Justice*, il écrivait en effet que

Le schéma précédent a montré qu'une certaine autorité était la plus haute, et que les normes qui constituent cette autorité ne pouvaient en conséquence avoir été produites par une autre autorité, mais devaient exister comme une idéologie présumée. Cela signifie qu'il n'existe pas de norme supérieure pour déterminer les conditions de son édicton valide et sa modification.¹⁰⁴

Une idéologie partagée dans la société serait alors la source du pouvoir des autorités ultimes. K. Olivecrona, l'autre grand disciple d'A. Hägerström, soutient vigoureusement cette thèse.¹⁰⁵ Il présente le droit comme prenant son origine dans une attitude généralisée de respect envers la constitution. Les acteurs que cette dernière établit ont accès à un mécanisme psychologique complexe. S'ils commandent certaines conduites selon certaines formes, alors la généralité des citoyens percevra ces modèles de comportement comme doués d'une validité objective et s'y conformera. Cette attitude générale envers la constitution fonctionne donc comme une immense source de pouvoir que les acteurs juridiques peuvent mobiliser. Elle ne se maintient que si la constitution est effectivement mise en œuvre et si le pouvoir est exercé selon ses règles, dans une relation de conditionnement causal réciproque.¹⁰⁶ Cette solution est expressément repoussée par A. Ross en 1969.¹⁰⁷ Cette hésitation au sein du réalisme scandinave témoigne d'un embarras vis-à-vis de la question du pouvoir de produire les normes ultimes du système, ce qui n'est autre que la question de la primauté des éléments réels ou des éléments de validité au sein des phénomènes juridiques.

102 Ross (2004 : 207).

103 Kelsen (1964 : 583–586 ; 1996 : 339–346).

104 Ross (1958a : 81). V. également Ross (1958a : 80–83 ; 1929 : 359–364).

105 Olivecrona (1939 : 50–74 ; 1971 : 86–114). V. la contribution de Faralli 2014. Plus récemment, ce raisonnement est repris dans l'une des tentatives les plus approfondies pour élucider le concept de pouvoir normatif, Ruiter (1993 : 205 ; 1998 : 486).

106 Olivecrona (1939 : 50–61).

107 Ross (2004 : 210).

A cette première difficulté s'en ajoute une seconde. La validité du droit se constate à l'examen du comportement des juges. Or ceux-ci ne sont définis que juridiquement. Examiner leur comportement afin de déterminer la validité du droit suppose dès lors que le droit soit valide et permette d'identifier les juges, de sorte qu'A. Ross s'exposerait à sa propre critique du réalisme américain.¹⁰⁸ Conscient de la difficulté, il prétend échapper dans *On Law and Justice* à ce cercle vicieux. Il nie alors l'existence d'un point archimédien à partir duquel la réflexion devrait commencer.¹⁰⁹ Selon lui, le système juridique est un tout intégré, dont la vigueur est testée de manière générale. Il est donc impossible de vérifier la validité d'une partie du droit sans celle du reste. La validité est donc attribuée au système en tant que schéma d'interprétation global qui permet simultanément de comprendre la manière dont agissent les juges et le fait qu'ils agissent en cette qualité.

Cette théorie s'avère de compréhension difficile et suscite des appréciations divergentes. O. Weinberger considère ainsi que le problème se pose et le résout en considérant que la validité du système est strictement sociologique, et consiste en son effectivité, tandis que la validité de chacune des normes qui le compose s'apprécie en fonction des modalités de leur production.¹¹⁰

D'autres auteurs considèrent qu'en dépit de ce qu'affirme A. Ross, le problème a bien une solution dans le cadre de sa théorie. Selon E. Pattaro,¹¹¹ c'est dans l'application des normes concernant les citoyens que l'attitude des juges peut être considérée comme le point archimédien, c'est-à-dire le premier moment de la vérification de l'assertion sur la validité, d'abord de ces normes et consécutivement des normes qui ont institué les tribunaux. Le point archimédien afin de vérifier les assertions sur la validité des normes juridiques est constitué des normes qui ordonnent aux juges d'appliquer la sanction dans certaines conditions. Si ces normes sont valides, les normes adressées aux individus le sont aussi, et les normes de compétence qui s'intègrent aux prescriptions adressées aux juges le sont aussi. La validité des normes de compétence est vérifiée avec celle des normes de conduite produites selon ce qu'elles prévoient. Mais il est possible de s'étonner de ce que la validité des conditions de production d'un objet soit vérifiée avec la validité de cet objet lui-même. De plus, l'idée que les normes de compétence s'intègrent aux normes de conduite adressées aux juges ne semble pas conforme à la pensée d'A. Ross.

D'autres commentateurs considèrent enfin que l'apparente circularité de la pensée de A. Ross se dissout aisément. Selon R. Hernández Marín, le pseudo-problème peut être reformulé de la manière suivante : pour déterminer l'inten-

108 V. p. ex. en ce sens Miedzianagora (1961 : 92–121) ; Videtta (1968 : 337 & 343–346).

109 Ross (1958a : 36). V. également Ross (1929 : 286, 308–311, 331–333).

110 V. p. ex. Weinberger (1991 : 104).

111 Pattaro (1990 : 386–390).

sion de « droit danois », il faut savoir ce qu'est un juge danois et pour savoir ce qu'est un juge danois, il faut savoir l'extension de « droit danois ». Il s'agit donc, pour savoir l'intension de « droit danois », de connaître l'extension de « droit danois ». Or ceci ne présente pas la moindre circularité. Un tel procédé est même parfaitement courant. Ainsi, pour savoir ce qu'est la vie, c'est-à-dire l'intension du terme « vie », il faut savoir quels sont les êtres vivants, c'est-à-dire l'extension d'« être vivant ».¹¹² Dans la théorie d'A. Ross, pour connaître l'intension de « norme juridique danoise », il faut savoir ce qu'est un juge danois et pour identifier un juge danois, il faut connaître l'extension de « norme juridique relative aux conditions pour être un juge danois ».

Ces difficultés d'interprétation, qui vont jusqu'à faire encourir à A. Ross les critiques qu'il adresse à la doctrine juridique, peuvent être surmontées si l'on renoue avec les sources de son projet.

2.2.2 *Pour un retour aux sources scandinaves de la pensée réaliste d'A. Ross*

D'un point de vue réaliste, l'analyse qu'autorisent certains passages de la *Theorie der Rechtsquellen* de 1929 et surtout de *Towards a Realistic Jurisprudence*, dont l'original danois date de 1934, s'avère prometteuse. Elle se fonde sur des relations de causalité entre les différentes composantes des phénomènes juridiques. Or de telles relations ont pour propriété de n'avoir ni point de départ ni point d'arrivée.¹¹³ C'est pourquoi ces divers éléments – système de coercition, attitudes comportementales intéressées, attitudes comportementales désintéressées, décisions réputées valides de certains acteurs – interagissent les uns avec les autres.¹¹⁴ Toute idée de cercle vicieux est alors nécessairement exclue. Dans ce cadre, les normes de compétence ne sont rien d'autre que des manières rationalisées d'exprimer la prédisposition des destinataires des normes à reconnaître comme droit certaines choses.¹¹⁵ Ceux-ci sont prêts à se conduire selon les expressions qui seront émises d'une certaine manière par certains acteurs. L'idée de validité est ainsi insérée dans des relations causales.

L'hypothèse d'une circularité devient alors fructueuse. Il est tout d'abord possible d'expliquer que les acteurs soient de cette manière limités par les normes qu'ils suscitent eux-mêmes, de sorte que la question aporétique de la primauté du fait ou de la norme ne se pose plus. L'hypothèse de la circularité permet de comprendre la mécanique du droit de la manière suivante, suggérée

112 Hernández Marín (1982 : 261–262).

113 V. Kelsen 1982.

114 Ross (1946 : 88–89).

115 Ross (1946 : 79–83, 93–95).

par certaines réflexions d'A. Hägerström.¹¹⁶ La prédisposition au respect envers la constitution fonctionne comme une source de pouvoir. Mais cette norme de compétence n'est valide que si et dans la mesure où elle est effectivement et régulièrement mise en œuvre. Or afin d'influencer la conduite des citoyens, les autorités suprêmes doivent se plier aux normes constitutionnelles de compétence auxquelles, à la fois, elles sont soumises et auxquelles, à travers leur action, elles donnent leurs contours précis et leur validité. Les présenter comme fondées sur une norme de compétence préexistante permet à ces autorités de justifier leurs décisions, et de stimuler ainsi l'obéissance de leurs destinataires. Il est donc possible d'assister à un renforcement auto-entretenu du système juridique. Celui-ci fonctionne précisément de manière circulaire, légitimité et coercition s'appuyant l'une sur l'autre et se stabilisant mutuellement.¹¹⁷ C'est pourquoi il est indispensable au juriste de comprendre comment le législateur conçoit et « met en scène » sa propre fonction. C'est en ce sens que les normes de compétence peuvent agir sur l'idéologie des producteurs de normes, au premier rang desquels les juges. Elles peuvent ainsi être dites « valides », dans la mesure où elles sont partie intégrante du raisonnement des acteurs.¹¹⁸ La science du droit peut alors se fonder sur cette idéologie relativement stable de respect pour la constitution qui intègre les comportements des différents acteurs dans une grille de lecture cohérente afin de vérifier ses propositions de droit de manière strictement empirique.¹¹⁹

Ensuite, cette reconstruction éclaire l'épistémologie juridique réaliste. R. Guastini reproche à A. Ross de ne pas préciser la méthode par laquelle peut être connue l'idéologie des juges.¹²⁰ Il est possible de répondre de la manière suivante. Selon le juriste danois,

Lorsque l'étude doctrinale du droit décrit certaines normes comme du droit valide, elle décrit certaines réalités sociales, un certain contenu d'idées normatives en tant qu'elles sont réellement ressenties et effectives.¹²¹

Cette masse de représentations agissantes doit être découpée en unités d'appréhension aisée, puis présentée de manière ordonnée par la science du droit. Il s'agit pour A. Ross de donner des phénomènes qui se présentent comme juridiques une narration cohérente, fondée sur certaines présuppositions, relatives notamment à l'idéologie des acteurs. Cette présentation repose sur des concepts qui permettent d'en organiser et d'en rationaliser les divers éléments. Son utilité se mesure à titre essentiel, selon le juriste danois, à la possibilité de prévoir

116 V. spéc. Hägerström (1953 : 30–35, 44, 250–256).

117 Ross (1929 : 115, 296–297, 308, 331–333, 355–359, 365–366 ; 1946 : 82–83).

118 Ross (1958a : 42).

119 Ross (1958a : 75 ; 1968 : 88–89).

120 Guastini (1994 : 264).

121 Ross (1958a : 10 n. 4).

le comportement futur des acteurs. Si les hypothèses sur lesquelles elle repose ne permettent pas de rendre compte de cette pratique ou n'autorisent pas des prévisions suffisamment fiables, de nouvelles hypothèses sur la reconstruction de l'idéologie des acteurs doivent être formulées. Dans cette mesure, la science juridique devient empirique, formule des propositions de droit qu'il est possible de tester, et admet la critique et la révision de sa propre démarche.¹²² Il est en conséquence possible de repousser la thèse selon laquelle A. Ross serait un tenant d'une épistémologie d'inspiration « néopositiviste » surannée.¹²³ Il apparaît au contraire comme un précurseur du « postpositivisme » qui tend à considérer que les sciences – y compris les « sciences de la nature » – formulent des narrations possibles, relatives et révisables, qui reconstruisent une trame d'événements intelligible à partir du flot indifférencié des perceptions.

A travers la théorie des normes de compétence d'A. Ross, il est donc possible de comprendre comment l'épistémologie et la formation des concepts juridiques ont partie liée¹²⁴ et à quel point cette forme de réalisme peut s'avérer fructueuse.

Bibliographie

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1991 : *Análisis lógico y Derecho*. Pról. Georg H. von Wright. Madrid : Centro de estudios constitucionales (El derecho y la justicia ; 24).
- Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO, 1998 : *A Theory of Legal Sentences*. Trad. angl. Ruth Zimmerling. Dordrecht, Boston, London : Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library ; 34).
- Denys de BÉCHILLON, 1997 : *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris : Editions Odile Jacob.
- Norberto BOBBIO, 1998 : *Essais de théorie du droit*. Trad. fr. Michel Guéret, Christophe Agostini. Préf. Riccardo Guastini. Paris : L.G.D.J. & Bruxelles : Bruylant (La pensée juridique).
- Eugenio BULYGIN, 1991 : Sobre las normas de competencia. *Análisis lógico y Derecho*. Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin. Pról. Georg H. von Wright. Madrid: Centro de estudios constitucionales (El derecho y la justicia ; 24).
- Gaetano CARCATERRA, 1988 : *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*. 2^a ed. Roma : Bulzoni Editore.
- Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, 2002 : Alf Ross : droit et logique. *Droit et société* 50 (2002).
- Carla FARALLI, 2014 : Le droit comme fait. En trad. angl. par Pierre Brunet: *Law as Fact. Revus* (2014) 24.
- Jordi FERRER BELTRÁN, 1996 : Die Kompetenznormen in der Rechtstheorie von Alf Ross: eines oder mehrere Modelle ? *Rechtstheorie* 27 (1996).
- , 2000 : *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Pról. Riccardo Guastini. Madrid : Centro de estudios políticos y constitucionales – Boletín oficial del Estado (El Derecho y la Justicia).
- Jerome FRANK, 1949 : *Law and the Modern Mind* [1930]. 6th ed. New York: Coward – McCann, Inc.
- Marina GASCÓN, 1997 : Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. *Doxa* 20 (1997).

122 V. p. ex. déjà Ross (1929 : 197, 371–372, 270–275, 281). Pour une épistémologie de cet ordre, v. Popper 1973 ; 1985.

123 V. Villa 1990.

124 V. spéc. Jori (1972 : 55–78).

- Daniel GONZÁLEZ LAGIER, 1995 : *Acción y norma en G. H. von Wright*. Madrid : Centro de estudios constitucionales.
- Riccardo GUASTINI, 1994 : Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique. *Théorie du droit et science*. Dir. Paul Amselek. Paris : P.U.F. (Léviathan).
- Axel HÄGERSTRÖM, 1953 : *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Pref. Karl Olivecrona. Trad. angl. C.D. Broad. Uppsala : Almqvist & Wiksells (Skrifter utgivna av Kungl Humanistiska Vetenskapssamfundet I Uppsala, Acta Societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsalensis ; 40).
- Andrew K. W. HALPIN, 1985 : Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two. *Cambridge Law Journal* 44 (1985).
- Herbert L. A. HART, 1976 : *Le concept de droit* [1961]. Trad. fr. Michel van de Kerchove, Joëlle van Drooghenbroeck & Raphael Célis. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Vol. 6).
- , 1993 : Bentham on Legal Powers. *Jeremy Bentham – Critical Assessments* (Vol. 3 – Law and Politics). Ed. Bhikhu Parekh. London, New York : Routledge.
- , 2000 : Le réalisme scandinave. Trad. fr. Eric Millard. *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* (2000) 4.
- Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, 1982 : Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross. *Contributi al realismo giuridico*. Trad. it. P. L. Bazzocchi. Dir. Enrico Pattaro. Milano : A. Giuffrè (Seminario giuridico della Università di Bologna ; Miscellanea 1).
- Sven G. JENSEN, 1988 : On Norms of Conduct and Norms of Competence A.R.S.P., *Supplementa Vol. III, Theory and Systems of Legal Philosophy. I.V.R 12th World Congress, Athens 1985*. Dir. S. Panon, G. Bozonis, D. Georgas, P. Trappe.
- Mario JORI, 1972 : Il concetto di norma nella scienza empirica del diritto. *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto* 49 (1972).
- Hans Kelsen, 1911 : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- , 1920 : *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- , 1925 : *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Heidelberg, New York : Springer-Verlag.
- , 1962 : *Théorie pure du droit*. 2^e éd. [1960]. Trad. fr. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz (Philosophie du droit ; 7).
- , 1964 : Die Funktion der Verfassung. *Forum* 11 (1964).
- , 1965 : Zum Begriff der Norm. *Festschrift für Carl Nipperdey*. München, Berlin : C. H. Beck.
- , 1982 : *Vergeltung und Kausalität* [1941]. Einleitung Ernst Topitsch. Wien, Köln, Graz : H. Böhlau (Vergessene Denker – vergessene Werke ; 1).
- , 1996 : *Théorie générale des normes* [1979]. Trad. fr. Olivier Beaud & Fabrice Malkani. Paris : P.U.F. (Léviathan).
- , 1997 : *Théorie générale du droit et de l'Etat* [1945]. Trad. fr. Béatrice Laroche. Intro. Stanley L. Paulson. Paris : L.G.D.J. & Bruxelles : Bruylant (La pensée juridique).
- Neil MACCORMICK, 1992 : Le droit comme fait institutionnel. *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*. Neil MacCormick & Ota Weinberger. Trad. fr. Odile Nerhot & Philippe Coppens. Paris : L.G.D.J. & Bruxelles : Story Scientia.
- , 1998 : Powers and Power-Confering Norms. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Dir. Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson. Oxford : Clarendon Press.
- Daniel MENDONCA, 1992 : *Introducción al análisis normativo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales (Cuadernos y debates ; 39).
- Françoise MICHAUD, 2000 : *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*. Paris : L'Harmattan (Logiques juridiques).
- Joseph MIEDZIANAGORA, 1961 : L'idée de validité en droit. A propos du dernier livre d'Alf Ross. *Logique et analyse* 4 (1961).
- Éric MILLARD, 2004 : Présentation. Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*. Dir. et trad. fr. Éric Millard & Elsa Matzner. Paris : L.G.D.J. & Bruxelles : Bruylant (La pensée juridique).
- Carlos S. NINO, 1985 : Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas. *Anuario de filosofía jurídica y social* 5 (1985).
- , 1986 : El concepto de derecho de Hart. *Revista de ciencias sociales* 28 (1986).
- Karl OLIVECRONA, 1939 : *Law as Fact*. Copenhagen : Einar Munksgaard ; London: Humphrey Milford ; Oxford : Oxford University Press.
- , 1971 : *Law as Fact*. 2nd ed. London : Stevens and Sons.

- Enrico PATTARO, 1984 : La realtà del diritto e la sua conoscenza. *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross. Atti delle giornate di studio su Alf Ross (Lecce 14-15 maggio 1981)*. Dir. Antonio Tarantino. Milano: A. Giuffrè (Università degli studi di Lecce. Studi giuridici, Sezione di filosofia del diritto e della politica ; 2).
- , 1990 : *Lineamenti per una teoria del diritto*. Bologna : Editrice CLUEB.
- Piero POLLASTRO, 1983 : Fenomenologia delle regole costitutive. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 13 (1983).
- Karl R. POPPER, 1973 : *La logique de la découverte scientifique*. Trad. fr. Nicole Thyssen-Rutten & Philippe Devaux. Préf. Jacques Monod. Paris : Payot (Bibliothèque scientifique).
- , 1985 : *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*. Trad. fr. Michelle-Irène de Launay, Marc B. de Launay. Paris : Payot (Bibliothèque scientifique).
- Joseph RAZ, 1980 : *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. 2nd ed. Oxford : Clarendon Press.
- Alf ROSS, 1929 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig & Wien : F. Deuticke.
- , 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*. Kopenhagen: Levin & Munksgaard & Leipzig : Felix Meiner.
- , 1946 : *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* [1934]. Trad. angl. Annie I. Fausbøll. Copenhagen : Einar Munksgaard.
- , 1947 : *A Textbook of International Law*. Trad. angl. Annie I. Fausbøll. London, New York, Toronto : Longmans, Green and Co.
- , 1958a : *On Law and Justice* [1953]. London : Stevens & Sons Limited.
- , 1958b : *Definition in Legal Language. Logique et analyse* 1 (1958).
- , 1968 : *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul (International Library of Philosophy and Scientific Method).
- , 1972 : *The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives. Contemporary Philosophy in Scandinavia*. Dir. Raymond E. Olson & Anthony M. Paul. Intro. par G. H. von Wright. Baltimore & London: The Johns Hopkins Press.
- , 2004 : *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*. Dir. et trad. fr. Eric Millard & Elza Matzner. Paris: L.G.D.J. & Bruxelles: Bruylant (La pensée juridique).
- Dick W. P. RUITER, 1993 : *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Dordrecht, Boston, London : Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library ; 18).
- , 1998 : *Legal Powers. Normativity and Norms*. Dir. Stanley L. Paulson & Bonni Litschewski Paulson. Oxford : Clarendon Press.
- Gian P. SAVOINI, 1982 : Performatività e validità in Alf Ross. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 12 (1982).
- John R. SEARLE, 1964 : How to Derive 'Ought' From 'Is'. *The Philosophical Review* 73 (1964).
- , 1965 : What is a Speech Act? *Philosophy in America*. Dir. Max Black. Ithaca, New York : Cornell University Press.
- , 1972 : *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*. Trad. fr. Hélène Pauchard. Paris : Hermann (Savoir).
- Tore STRÖMBERG, 1984 : Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence. *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14 1983*. Dir. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert Van Roermund. Dordrecht, Boston, Lancaster : D. Reidel Publishing Company (Synthese Library ; 176).
- Guillaume TUSSEAU, 2004 : *Les normes d'habilitation*. Thèse. Paris X. Réimpr. 2006. Paris : Dalloz (Nouvelle Bibliothèque des Thèses).
- Francesco P. VIDETTA, 1968 : Il concetto di 'norma valida' secondo Alf Ross in 'On Law and Justice'. *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto* 45 (1968).
- Vittorio VILLA, 1990 : *La science du droit*. Trad. fr. Odile Nerhot & Patrick Nerhot. Paris: L.G.D.J. & Bruxelles: Story-Scientia (La pensée juridique moderne).
- Sven WEDAR, 1985 : *Realism and Validity. Studies in the Legal Theory of Alf Ross*. Lund : Filosofiska Inst., Univ. (Lund Monographs in Practical Philosophy ; 6).
- Ota WEINBERGER, 1991 : Ontology, Hermeneutics and the Concept of Valid Law. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of legal Theory and Social Philosophy*. Trad. angl. & foreword Neil MacCormick. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library ; 14).
- Georg H. von WRIGHT, 1963 : *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Zygmunt ZIEMBIŃSKI, 1970 : Norms of Competence as Norms of Conduct. *Archivum Iuridicum Cracoviense* 3 (1970). 24–29.
- , 1988 : Le contenu et la structure des normes concédant les compétences. *Normative Structures of the Social World*. Dir. Giulio di Bernardo. Amsterdam : Rodopi (*Poznań Studies in the Philosophy of Science and the Humanities* ; 11).

Guillaume Tusseau*

Teorija pristojnostnih norm Alfa Rossa

Alf Ross je želel izoblikovati »pristno« realistično teorijo prava. To pomeni, da naj bi bila ta sposobna po eni strani razrešiti probleme, s katerimi sta se soočali tako Kelsnova normativistična teorija kot teorija ameriških realistov, po drugi strani pa poustvariti njihove razprave na znanstveni način. Rossova izvirnost tiči v njegovem pojmu pristojnostnih (ali kompetenčnih) norm, ki jih je pred vsemi drugimi (vključno s Searlom) obravnaval kot »konstitutivna pravila«. V nasprotju s trditvami mnogih komentatorjev takšen pojem konstitutivnih norm ni neskladen z Rossovo realistično teorijo prava. V luči njegovih zgodnjih zapisov je mogoče kompetenčne norme razumeti kot racionalizacije, ki lahko izrazijo nagnjenost naslovnikov norm, da določena dejstva prepoznajo kot pravo. Zato je mogoče Rossa šteti za prehodnika postpozitivizma.

Ključne besede: veljavnost, predpisi, moč, ustavna pravila, urejevalna pravila, empirizem, realizem, postpozitivizem

Tako se določi predmet kritične filozofije prava. Vsebovan mora biti v novi razlagi veljavnosti, nato v rešitvi nasprotij v pravni teoriji, ki postane mogoča, in na koncu v rekonstrukciji osnovnih pravnih kategorij.

Alf Ross (2004: 26)

Oblast ni nekaj, kar obstaja 'v ozadju' prava, ampak nekaj, kar deluje skozi pravo.

Alf Ross (1958a: 58)

1. Kot učenec Hansa Kelsna je Alf Ross v celoti dojel, kako pomemben je pojem norme za razumevanje pravnih pojavov.¹ Kot duhovni dedič Axla Hägerströma in dunajskega kroga je bil enako dovzeten za kritiko metafizične razsežnosti pojmov vrednosti, najstva in veljavnosti, prav tako pa je imel željo oblikovati pravno znanost po modelu empiričnih znanosti.² Na teh dveh temeljih³ je danski pravnik izoblikoval izvirno pravno teorijo.

* guillaume.tusseau@sciences-po.org | Profesor Pravne šole Inštituta za politične vede *Sciences-Po* in mlajši član Francoskega univerzitetnega inštituta.

1 Glej predvsem Kelsen 1911.

2 Glej Hägerström 1953.

3 Za biografske elemente glej Millard (2004: 3–4).

Njegova pravna teorija za izhodišče vzame študij »pojma prava, kakršnega najdemo v skupni zavesti«. ⁴ Večina pravnikov dojema pravo hkrati

kot pojav, ki ga je mogoče opazovati v svetu dejstev, in kot normo z zavezujočo močjo v svetu morale ali vrednot, ki je kot taka fizična in metafizična, empirična in *apriorna*, realna in idealna, ter nekaj obstoječega in veljavnega. ⁵

Zaradi te dvojnosti je pravna misel izpostavljena protislovjem, ki vsa njena sklepanja postavijo pod vprašaj. Prvo očitno protislovje je predstavljeno na naslednji način:

Teza: Veljavnost prava kot prava je opredeljena na podlagi določenih pomembnih zgodovinskih dogodkov. Antiteza: Pomembni zgodovinski dogodki so opredeljeni na podlagi veljavnosti prava kot prava. ⁶

Pravniki menijo, v skladu s to tezo, da je pravo sestavljeno iz norm, izhajajočih iz dejanj, ki so posledica pretekle volje. Tradicionalni pozitivizem pripisuje ta dejanja zakonodajalcu ali državi, medtem ko jih ameriški realizem pripisuje sodnikom. Vendar prepozna teh dejanj ni takojšnja. Samo dejanja pristojnih posameznikov imajo moč ustvarjati pravo. Pristojnost, ki omogoča razmejitve pravoustvarjajočih zgodovinskih dejstev, je sama po sebi pravna. Tako pridemo do antiteze. ⁷ Hkrati pa pojmovanje prava kot gole tvorbe neke dejansko učinkovite oblasti postopoma vodi v protislovje, če moč te oblasti izhaja iz dejstva, da je ustanovljena s pravom. ⁸

Za rešitev teh težav se ponujata dve skrajni usmeritvi. Prva, ki jo je razvil Hans Kelsen, zavrača vsakršni sociološki pristop k pravu. Pravni pojav postavi na eno samo področje, na področje idealnega, na nem. *Sollen*. Vendar pa se temeljna norma, ki dopušča samozaprtje pravnega sveta, ne nanaša na katere koli pojave. Nanaša se le na splošno učinkovit pravni sistem. Omenjeni idealizem se na ta način zaplete s presojanji dejstev. ⁹ Druga usmeritev, ki jo je razvil ameriški pravni realizem, ¹⁰ zavrača vsakršni spiritualizem in normativnost. Pravo razume kot skupek dejstev ter se zanima za vzroke, ki lahko pojasnijo in napovedo obnašanje sodnikov. Vendar morajo realisti razložiti, zakaj dajejo tolikšen pomen predvsem sodnikom. Takšna razlaga pa zahteva, da se upošteva jo prvine, ki presegajo z njihove strani predlagano opredelitev prava. Dejansko je pomembnost sodnika posledica dejstva, da bo njegova odločitev izvršena. Posebnost njegovega položaja je strogo pravne narave. Navezuje se na dejstvo, da se sodniku pripisuje pristojnost. Zatorej opredelitev prava kot skupka odlo-

4 Ross (1946: 32).

5 Ross (1946: 11; 1929: 233–234, 254–257 in 263–269). O tej temi npr. Wedar 1985.

6 Ross (1946: 57).

7 Ross (1946: 57–62, 65, 127–129 in 133–136; 2004: 27–28).

8 Ross (1946: 62–63).

9 Ross (1929: 258–269; 1946: 43 in 127–129; 1958a: 70). Npr. Kelsen (1920: 94–101; 1925: 18–19; 1962: 266, 270–271, št. 1, in 294).

10 Glej predvsem Frank 1949.

čitev sodišč predpostavlja poznavanje prava, ki sodišča vzpostavlja. Ta pravna pravila pa niso le teoretične napovedi. Svojim naslovnikom narekujejo, da jih spoštujejo in izvršujejo, kar je eden od odločilnih vzrokov za delovanje sodnikov.¹¹ Tako so dejanski in idealni elementi znova povezani.

V luči teh protislovij Alf Ross ponudi »pristno« realistično teorijo prava, ki je sposobna razrešiti težave, s katerimi se srečujejo tradicionalne teorije, ter obnoviti njihove razprave na znanstveni način. Tako veljavnost kot dejanskost sta potrebni pojmu v pojmu prava. Nemogoče je izločiti eno ali drugo, saj se vidika medsebojno povezujeta.¹² Zato je treba dokazati, da pojma nista nezdružljiva in da se medsebojno ne izključujeta. To zahteva zavrnitev ideje, da je veljavnost mogoče razumeti kot področje obstoja, usklajeno z dejanskostjo. Dokaz pa je treba omejiti na izkustvene elemente. Ross analizira veljavnost kot racionalizacijo in opredmetenje psiholoških vzgibov. Pri teh gre za popolnoma subjektivne in iracionalne izkušnje, na podlagi katerih se posamezniki počutijo zavezane spoštovati nekatere predpise in posledično ravnajo na predpisani način. Ti vzgibi se konkretizirajo in združijo v sestavne dele, ki imajo svoj lastni idealni obstoj. Pojme veljavnosti, vrednosti in dolžnosti je treba torej razumeti ne kot tisto, kar se zdi, da so, torej neko področje posebne dejanskosti, temveč kot simbole, ki označujejo skupek psiholoških izkustev.

Načelo ločitve [protislovij v pravni misli] pomeni, da namesto »veljavnosti« v smislu skrajno nasprotnih kategorij od dejanskosti uvedemo izkušnje veljavnosti (v smislu dejansko obstoječih vedenjskih nagnjenj), na katerih racionalizacija temelji in s katerimi je simbolizirana.¹³

Tako je dualizem omejen na medsebojno delovanje sestavnih delov pravnega pojava. Tradicionalni pravni pogled temelji na treh elementih: (1) elementu dejanskosti, ki je opredeljen predvsem kot prisila; (2) elementu veljavnosti; (3) medsebojni odvisnosti med prvima dvema elementoma. Poustvaritev danskega pravnika pa razčlenjuje pravo na (1) interesna vedenjska nagnjenja, do katerih pride zaradi strahu pred prisilo; (2) brezinteresna vedenjska nagnjenja, ki izhajajo iz družinskih in družbenih vzorcev ter iz navad in prevzemajo videz veljavnosti; (3) dejanski induktivni medsebojni vpliv prvih dveh elementov, ki se vzajemno utrjujeta in povzročata.¹⁴ V epistemološkem smislu nakazuje ideja, po kateri obstaja le en svet, na možnost, da tega spoznamo skozi enotno znanstveno metodo: tj. skozi empirizem.¹⁵

11 Ross (1929: 5–6, 52–63, 111–112, 180–181, 222–223, 227 in 229; 1946: 49 in 68–73).

12 Ross (1946: 76).

13 Ross (1946: 77). Glej tudi Ross (1946: 12; 2004: 25; 1947: 46–54 in 80). Pred tem Ross (1929: 263–269, 278 in 288–289).

14 Ross (1946: 308–311; 1958a: 53–56 in 358–377; 1968: 38–43, 63, št. 3, in 82–92).

15 Pod vplivom kantizma, ki je hitro zgubljal vpliv, je Ross (1929: 270–278) priznal dve vrsti spoznanja. O njegovi kasnejši teoriji o pravni znanosti na primer Villa (1990: 59–77) in Guastini (1994: 249–264).

2. V nasprotju z »dvomom o obstoju pravil«,¹⁶ ki ga izkazuje ameriški realizem, se Ross ne odpove pojmu norme, da bi razložil pravne pojave. Norma je osnovna enota, v katero lahko razčlenimo pravo.¹⁷ Rossov pristop temelji na ideji, da norme urejajo sodno uporabo prisile.¹⁸ Empirični pojav, ki ustreza normam, je torej obnašanje sodnikov. Zato lahko nacionalni pravni sistem opredelimo kot skupek norm, ki jih sodniki dejansko uporabljajo, ker jih dojemajo kot obvezne.¹⁹ Preizkus veljavnosti neke norme je na predpostavki njene veljavnosti zasnovana možnost, da sodniška dejanja razložimo kot jasne odzive na določene *dražljaje* in da ta dejanja napovemo. Posebnost tega realizma je, da se ne zanima le za zunanje obnašanje sodnikov, kot je to pri ameriškem realizmu, ampak tudi za to, kar se dogaja v njihovi notranjosti. Ross zato oblikuje predpostavko, da njihovo delovanje motivira neka določena ideologija, zlasti »izkušnja veljavnosti«,²⁰ sestavljena iz občutkov odobritve, zavrnitve, obveznosti, pravilnosti ali kršitve.²¹ Zato je pojem norme treba oblikovati ob upoštevanju dveh temeljnih idej: tiste, po kateri so norme povezane z neko obliko usmerjevalne rabe jezika,²² in tiste, po kateri mora pojem omogočiti zatiranje, da norme obstajajo. Pojem norme mora tako združiti jezikovne in dejanske pojave.²³

Sledeč pristopu, ki je podoben Kelsnovemu,²⁴ Ross meni, da so vse norme naslovljene na sodnike.²⁵ Tem predpisujejo, pod katerimi pogoji morajo odrediti uporabo prisile.²⁶ Takole pravi:

Če določba vsebuje usmeritve, naslovljene na sodišče, potem dodatne usmeritve posameznikom za njihova ravnanja niso potrebna. /.../ Usmeritve posameznikom so implicitne, saj posamezniki vedo, kakšne reakcije sodišč lahko pričakujejo v določenih okoliščinah. /.../ To kaže, da je resnična vsebina norme ravnanja usmeritev, naslovljena na sodnika, usmeritev, naslovljena na posameznike, pa je le izvedena norma.²⁷

Če se s psihološkega vidika zdi, da imamo obe obliki norm, pa je logično potrebna samo ena izmed njiju.

16 Glej Michaut 2000.

17 Prim. Ross (1929: 416–422).

18 Ross (1929: 275–280, 308, 311–312, 417, 419, 420 in 422; 1958a: 34, 52, 59).

19 Ross (1929: 365–366; 1946: 76–124; 1958a: 35, 37, 52–58, 104, 160 in 364; 1968: 41–43, 84–88, 104 in 117).

20 Ross (1933: 429–447; 1946: 76–124; 1958a: 52–58, 160 in 364; 1968: 41–43, 84–88, 104 in 117).

21 Ross (1958a: 37, 71–74 in 104; 1968: 87–88).

22 O »usmerjevalnem« govoru, namenjenem vplivu na vedenje, na splošno, glej Ross (1968: 34–77).

23 Ross (1968: 78–105).

24 Prim. Kelsen (1911: 206, 233–235 in 253; 1997: 111–115 in 192).

25 Ross (1958a: 35, 52 in 158; 1958b: 143; 1968: 90–92).

26 Ross (1958a: 33, 170 in 208).

27 Ross (1958a: 33). Glej tudi Ross (1958a: 52; 1968: 91–92 in 126).

3. Med normami, ki sestavljajo pravni sistem, poseben izziv pomeni vprašanje norm o pristojnosti. Poleg splošnega pomena, ki ga ima v pravni misli, ima pristojnost ključni pomen v teoriji danskega pravnika. Pojem pristojnosti je tista točka, kjer se izoblikuje problematika dualizma dejstva in ideala. Tukaj poteka kritika normativističnih tez in tez ameriških realistov. Prepletajo se dejanski in idealni elementi pravnega pojava, odloča se o nezvedljivosti prava na ene ali druge ter na koncu o njegovi izvirnosti, kot jo dojema realizem. Dejansko ustvarjanja prava ne moremo omejiti na neko normo o pristojnosti, iz katere bi norme izhajale neodvisno od dejanskega človeškega vedenja. Prav tako pristojnosti ni mogoče izraziti v izključno vedenjski obliki, saj je zgolj takšno dejanje, ki je opredeljeno kot pravno, sposobno ustvarjati pravo. Prav pristojnostna norma je ključni element, ki vedenje določenega posameznika naredi za vir prava, ustvarjanje prava pa za tuzemsko človeško dejavnost. Tukaj leži odločilni prispevek skandinavskega realizma k analizi pravnih pojavov. Zaradi tega je za Rossa to vprašanje osrednje. Pomembno je torej, da razumemo, kako ta avtor dojema zmožnost ustvarjanja norm, kako jih umesti v svojo pojasnjevalno shemo pravnega sveta, kako se pojem norme o pristojnosti vključi v splošnejši pojem norme ter kakšno mesto ta pojem zavzame v njegovem pogledu na ontologijo prava in epistemologijo pravnih znanosti.

Pomembnost tega vprašanja je Alfa Rossa, z notranjega vidika njegove pravne teorije, napeljala k posebej izvirnemu razmišljanju.²⁸ Več let pred objavo Hartovega *The Concept of Law*, kjer najdemo še posebej dobro argumentirano razliko med »primarnimi pravili« in »sekundarnimi pravili«,²⁹ pred uvedbo pojma dopustitvenih norm, ki ga je ponudil Georg H. von Wright,³⁰ ter pred Kelsnovo *Allgemeine Theorie der Normen*, ki predlaga pojmovanje štirih vrst norm – predpisovalnih, dopustitvenih, pooblastitvenih in razveljavitvenih³¹ – ponuja danski pravnik podroben in sistematičen razmislek o pristojnostnih normah ter predlaga dva načina, kako jih razumeti (1).

Oba načina imata z vidika konkretne analize pozitivnega prava tako prednosti kot slabosti. O tej zunanji kritiki Rossove teorije, ki se navezuje na možnost njene uporabe v okviru vsakdanjega dela pravnikov, pa tukaj ne bomo razpravljali.³² Predstavili bomo samo notranjo analizo misli danskega pravnika. Poskušali bomo razumeti, kako se tezi o načinu razumevanja pristojnostnih norm, ki ju Ross postavlja v ospredje, dopolnjujeta in povezujeta z njegovim teoretičnim zaledjem (2).

28 V tem smislu s stališča zgodovine skandinavske pravne misli glej Strömberg (1984: 564); Jensen (1988: 16).

29 Hart (1976: posebno 44–61 in 103–125). Ross je potrdil razlikovanje med primarnimi in sekundarnimi pravili z ene strani ter med normami ravnanja in kompetenčnimi normami z druge strani (2004: 184).

30 Von Wright (1963: posebno 71, 85–92 in 192–194).

31 Kelsen (1965: 57–70; 1996: 1 in 125–150).

32 O tej temi glej Tusseau (2004: 110–117 in 166–181).

1 ROSSOVA DVOJNA TEORIJA PRISTOJNOSTNIH NORM

V pravni literaturi obstajajo različne teze glede norm o pristojnosti.³³ Dve izmed njih sta izrecno ponazorjeni v nekaterih Rossovih razmislekih. Prva zanika avtonomijo pojma pristojnostnih norm in predlaga, da se ta zvede na predpisovalne norme (1.1). Nasprotno pa jim druga podeljuje izvirni položaj, ki ga ni mogoče izpeljati iz norm ravnanja (1.2).

1.1 Teza o posrednih predpisih

Čeprav Ross jasno pritrjuje tezi, po kateri so pristojnostne norme omejene na posredno izražene predpise (1.1.1), je ta teza v neskladju z nekaterimi razmišljanji, ki jih avtor predstavi drugod (1.1.2).

1.1.1 Redukcionistični pristop k pravnim pojmom

Glede na model norm, ki ga je razvil Alf Ross, norme o pristojnosti ne pomenijo nobene izjeme. Zdi se, da so te bolj očitno usmerjene k oblasti kot »norme ravnanja«. Vendar jih Ross obravnava kot predpise, namenjene sodiščem, prav zato, ker jih je mogoče zvesti na norme ravnanja.³⁴ Po njegovem mnenju, izraženem v *On Law and Justice*,

lahko pravne norme na podlagi njihove vsebine razdelimo v dve skupini: norme ravnanja in pristojnostne ali postopkovne norme. Prva skupina obsega norme, ki predpisujejo določeno vedenje /.../. Druga pa obsega tiste norme, ki ustvarjajo pristojnost (moč, oblast). Te pomenijo usmeritve, da naj norme, ustvarjene v skladu s predvidenim postopkom, obravnavamo kot norme ravnanja. Pristojnostna norma je torej norma ravnanja, ki je izražena na posredni način /.../. Predpisuje določeno ravnanje v skladu s tem, kar predpisujejo druge norme ravnanja, ki se porajajo skozi zakonodajo.³⁵

Navidezna dvojna narava pravnih norm je torej takoj preoblikovana v enotnost. Ross na enak način nadaljuje v neki drugi knjigi, kjer pravi, da

vsak pravni sistem /.../ vsebuje ne le norme ravnanja, ki predpisujejo določeno obnašanje, ampak tudi norme o pristojnosti, ki določajo, kako se lahko z izvrševanjem *pravnih dejanj* ustvarijo nove veljavne in zavezujoče norme. Pristojnostne norme je mogoče logično zvesti na norme ravnanja na naslednji način: pristojnostne norme nas zavezujejo k delovanju v skladu z normami ravnanja, ustvarjenimi po postopku, ki ga pristojnostne norme predvidevajo.³⁶

33 Za popolno obravnavo glej Tusseau (2004: 63–296).

34 Ross (1958a: 33).

35 Ross (1958a: 32).

36 Ross (1968: 118).

Če upoštevamo, da je vsaka norma naslovljena na sodnika, potem pristojnostna norma predpisuje sodišču, da to lahko naloži uporabo prisile le v skladu z normami, ustvarjenimi po tistem postopku, ki ga same določajo.

Rossu njegova empirična teorija pravnih norm omogoča izvirno analizo. Teza o posrednih predpisih, ki jo je prvi tako jasno oblikoval, je bila dejansko zelo uspešna.³⁷ Vseeno pa se njegovo zvajanje norm o pristojnosti na posredne predpise ne sklada z nekaterimi drugimi vidiki njegovega razmišljanja.

1.1.2 Dvournosti v redukcionizmu Alfa Rossa

V Rossovi teoriji norm se pojavi pet različnih vrst težav.

Prvič, v skladu z empiristično metodologijo Ross meni, da morajo biti trditve pravne znanosti preverjene. Preverjanje resničnosti trditve, da je neka norma o pristojnosti veljavna, zajema preučitev verjetnosti, da bodo sodišča uporabljala norme ravnanja, ustvarjene v okviru te pristojnosti.³⁸ Tak postopek preverjanja se lahko izvaja pod dvema predpostavkama. Bodisi ima kršitev neke norme o pristojnosti za posledico razveljavitev, tako da sodišča ne smejo uporabljati norm, ki niso bile ustvarjene v skladu s normo o pristojnosti. Bodisi nekogaršnja kršitev neke norme o pristojnosti vodi k njegovi odgovornosti pred sodiščem. Ross ugotavlja, da

če pristojnostna norma ne predpisuje nobene od teh posledic, potem jo je nemogoče razumeti kot posredno izraženo normo ravnanja. To se lahko zgodi pri nekaterih ustavnih pravilih.³⁹

Ross navaja primer norme, ki za sprejem nekega zakona zahteva tri branja. Pravi, da ta norma po njegovi teoriji ni »veljavna«. Gre za nepopolno pravilo, ki ne daje sodiščem nobene usmeritve v zvezi z uporabo prisile. Del prava je zgolj zaradi svoje moralne ali ideološke vrednosti.⁴⁰ To razmišljanje pa se zdi v neskladju z drugimi Rossovimi tezami. Na prvi pogled je ustavno pravo vsekakor pravo v smislu ideologije, ki ima v duhu pravnikov in sodnikov določen vpliv.⁴¹ Poleg tega Ross poudari, da zanikanje pojmovanja ustavnega prava kot »prava« nasprotuje večinskemu stališču.⁴² S tem ko zavrne ta zaključek, pa dozdevno priznava določeno obliko pravne tvorbe, katere narava ni podrobneje oprede-

37 Glej npr. Kelsen (1996: 348–349); Ziemiński (1970: 24–29; 1988: 164, 165, 167–168 in 171–179); Raz (1980: 21–23 in 166); McCormick (1992: 68; 1998: 503–504 in 506); Bobbio (1998: 129); Nino (1985: 86–87; 1986: 44 in 48); de Béchillon (1997: 179–180).

38 Ross (1958a: 51).

39 Ross (1958a: 51).

40 Ross (1958a: 51).

41 Ross (1968: 90).

42 Ross (1958a: 53).

ljena, ki pa vendar ni ne norma ravnanja ne pristojnostna norma. S tem Ross omeji domet svoje redukcionistične teze.

Drugič, glede na nujno vez, ki jo vzpostavi med pravom in prisilo,⁴³ danski pravnik meni, da norme kot celota *zadevajo* uporabo prisile.⁴⁴ Nasprotuje ideji, da je pravo skupek pravil, kjer bi se *vsako pravilo opiralo* na prisilo. Če bi sprejeli to tezo, bi to, prvič, pomenilo, da vsaka norma temelji na neki drugi normi, ki kaznuje kršitev prve, ta pa bi bila povezana tudi s tretjo, kar bi seveda vodilo v neskončno regresijo (lat. *regressus ad infinitum*). Ross, drugič, meni, da bi sprejetje drugačnega pogleda pomenilo izključitev pristojnostnih norm, ki niso podprte s prisilo, iz pravnega sistema. Ta, zadnji argument pa je v neskladju z njegovo teorijo norm iz dveh razlogov. Najprej predpostavlja, da pristojnostnih norm ni mogoče zvesti na norme ravnanja, s čimer nasprotuje redukcionistični tezi. Poleg tega pa ponuja način za ohranitev ustavnega prava, katerega pravni status je včasih vprašljiv, v polju pravnega. Četudi namreč predpostavimo, da ustavno pravo ni skupek norm, katerih kršitev predvideva sankcijo, je po drugi strani povsem sprejemljivo trditi, da se to vendarle nanaša na uporabo prisile. V *Directives and Norms* Ross pride do prav takšnega zaključka.⁴⁵

Tretjič, Ross opozarja tudi na dejstvo, da ima njegov pojem prava dve značilnosti. Po eni strani je pravo pojmovano kot skupek pravil o uporabi moči. Po drugi strani pa pravo ni sestavljeno le iz norm ravnanja, ampak tudi iz norm o pristojnosti.⁴⁶ Zakaj bi bilo sploh treba vztrajati pri razlikovanju, če so pristojnostne norme le posredni predpisi? In predvsem, zakaj bi obstoj pristojnostnih norm pomenil eno izmed značilnosti pojma prava? Redukcionistična teza je s to opredelitvijo v nasprotju.

Četrtrič, po mnenju Rossa

pristojnostna norma določa postopek za nastanek pravnih usmeritev. Pristojnostna norma sama po sebi še ni usmeritev. Omenjenega postopka ne predpisuje kot obveznega. Gre za drugačen model delovanja kot pri normah ravnanja, saj nakaže samo model, ki mu je treba slediti, da bi ustvarili veljavne usmeritve. Pristojnostna norma sama po sebi ne določa, da je pooblaščen oseba dolžna izvajati svojo pristojnost. Zato sodišča ne morejo neposredno 'uporabiti' pristojnostnih norm. Neposredno lahko uporabljajo le norme ravnanja. Pristojnostne norme lahko v nekem sodnem postopku pridobijo le posreden pomen kot predpostavke pri vprašanju, ali neka veljavna norma ravnanja obstaja ali ne.⁴⁷

Toda če bi bile pristojnostne norme zgolj posredno izražene norme ravnanja, kot Ross med drugim trdi, potem ne bi bilo nikakršne ovire za njihovo

43 Ross (1946: 111–112).

44 Ross (1958a: 52–53). Enako prim. Ross (1968: 89–90).

45 Ross (1968: 90).

46 Ross (1958a: 59).

47 Ross (1958a: 207). Enako Ross (1946: 111).

uporabo s strani sodišč. Povsem mogoče bi bilo, da bi sodišče nepristojnostno normo neposredno upoštevalo s tem, da ne bi uporabilo neke norme, ustvarjene s kršitvijo tega, kar narekuje norma o pristojnosti, ali pa s tem, da bi sprožilo odgovornost avtorja napačno ustvarjene norme. Vendar danski pravnik takega sklepa ne naredi.

Petič, Ross v zgornjem odlomku nakaže, da pristojnostne norme usmerjajo ravnanje na drugačen način kot predpisovalne norme. Kljub logični možnosti zvedbe norm o pristojnosti na predpisovalne norme bi skrbna analiza načina, na katerega pravo vpliva na ravnanje, lahko nasprotno vodila v jasno razlikovanje med njima.⁴⁸

Posledično se zdi, da ima Ross bogatejši pogled na norme, kot se to kaže na prvi pogled. Nekatera razmišljanja, ki so pogosto nenatančna in nedoločna izražena, ga za ceno več nasprotij vodijo k priznanju, da norm o pristojnosti ni mogoče zvesti na norme ravnanja. Kljub izrecnemu sprejetju redukcionistične teze Ross dokazuje, da se je treba zateči k drugim pojmom, da bi razumeli pravne pojave, ki obsegajo pojem pristojnosti.

1.2 Teza konstitutivnih pravil

Kljub svojim redukcionističnim trditvam danski pravnik na različnih mestih priznava obstoj dveh povsem različnih vrst pravil (1.2.1). Norme o pristojnosti tako pridobijo lasten in izviren položaj (1.2.2).

1.2.1 Razlikovanje med urejevalnimi in konstitutivnimi pravili

Razlikovanje med urejevalnimi in konstitutivnimi pravili je povezano s Searlovo filozofijo jezika.⁴⁹ John R. Searle meni, da

[p]rvič, govoriti jezik pomeni izvrševati govorna dejanja, kot so postavljati trditve, dati ukaze, postavljati vprašanja, obljubljanje in tako naprej, in na bolj abstraktni ravni dejanja, kot sta sklicevati se, napovedovati; drugič, ta dejanja so na splošno mogoča zaradi nekaterih pravil, ki urejajo uporabo jezikovnih prvin in v skladu s katerimi se dejanja izvršujejo.⁵⁰

Struktura in učinki vsakega govornega dejanja so funkcija konvencij, ki ga urejajo. Zato je Searle tej temi posvetil pomembno raziskavo. Pravila je razločil na tista, ki jim pravimo urejevalna, in druga, ki jim pravimo konstitutivna.⁵¹

48 Glej v tem smislu posebno Hart (1993: 136); Raz (1980: 159–171 in 228–229); MacCormick (1998: 493–506); Atienza in Ruiz Manero (1998: 66–71, 108, 139–140 in 169–170).

49 Glej posebno Searle (1964: 55–56; 1965: 223–224; 1972: 72–82 in 91–94).

50 Searle (1964: 52). Glej tudi Searle (1964: 48, 53 in 59).

51 Searle (1964: 55; 1965: 223–224; 1972: 72). Odsek je bil uporabljen v skladu s splošno znano rabo, z namenom oddaljiti se od francoskega prevoda, ki uporablja izraz »normativno pravilo« namesto »urejevalno pravilo«.

Glede na prvi kriterij razlikovanja urejevalna pravila vodijo ravnanja, ki obstajajo neodvisno od njih. Nasprotno pa konstitutivna pravila določajo nove oblike ravnanja.⁵² Tako se pravila neke igre ne omejujejo na urejanje poteka igre, ampak »ustvarjajo možnost igranja«.⁵³ Iz tega sledita dve posledici. Ne glede na obstoj ali neobstoj urejevalnega pravila je kot prvo mogoče povsem enako opisati ravnanje, ki ga pravilo ureja. Tako lahko dejanje umivanja zob opišemo na enak način, ne glede na to, ali obstaja pravilo, ki zavezuje k umivanju zob ali ne. Nasprotno pa se lahko neka dejavnost, ki je urejena s konstitutivnim pravilom, kot na primer nogometna tekma, opiše na načine, ki ne bi bili mogoči, če to pravilo ne bi obstajalo.⁵⁴ Ta dejavnost se tako izkaže kot ne le »golo dejstvo«, ampak kot »institucionalno dejstvo«.⁵⁵ Nadalje, »konstitutivna pravila ne določajo vseh sankcij [za njihove kršitve]. /.../ Pravzaprav ni jasno, kako bi sploh lahko kršili pravilo, ki določa šah in mat pri šahu.«⁵⁶

Glede na drug kriterij razlikovanja,

se [urejevalna] pravila običajno pojavljajo v obliki imperativov ali pa so lahko parafrazirana v to obliko /.../. Nekatera konstitutivna pravila pa prevzamejo popolnoma drugačno obliko, na primer: 'kralj je v šahmatu, ko je napaden na način, ki mu ne dopušča niti obrambe niti bega'.⁵⁷

Searle poudarja, da so ta pravila

skoraj tautološka, saj se zdi, da je to, kar 'pravilo' doprinese, le del opredelitve 'šahmata' /.../. Možnost, da takšne trditve razlagamo kot analitične trditve, je znak, ki dopušča, da zadevno pravilo obravnavamo kot konstitutivno pravilo.⁵⁸

Značilna oblika urejevalnega pravila je »stori X« ali »če Y, potem stori X«. Konstitutivno pravilo pa ima vzorec »X je enak kot Y« ali »X je enak kot Y v situaciji S«. ⁵⁹ Po Searlovem mnenju govoriti neki jezik ni nič drugega kot porediti se skupku konstitutivnih pravil.⁶⁰

Neodvisno od Searla pride Ross očitno⁶¹ do podobne ugotovitve ter urejevalna pravila postavi nasproti konstitutivnim. Med pravili in človekovimi dejavnostmi, na katerih temeljijo ta pravila, razlikuje dve vrsti odnosov.⁶²

52 Searle (1972: 73; 1964: 55; 1965: 224).

53 Searle (1972: 72).

54 Searle (1972: 74–75; 1964: 52–53).

55 Searle (1964: 52–55; 1972: 77 in 91–93).

56 Searle (1972: 81).

57 Searle (1972: 73).

58 Searle (1972: 73–74; 1965: 224).

59 Searle (1972: 74; 1965: 224).

60 Searle (1972: 76; 1965: 225).

61 Glej Ross (1968: 53, op. 1), ki navaja, da je napisal ta odlomek pred objavo Searlovih del.

62 Ross (1968: 53–57).

»Naravne dejavnosti«⁶³ so logično neodvisne od pravil, ki jih urejajo. Tako je mogoče parkirati vozilo ne glede na obstoj ali neobstoj pravne norme. Druge dejavnosti, kot na primer igra šaha, pa zahtevajo, da dejanja izvajamo po pravilih. Neodvisno od pravil nima premik kosa lesa na dvobarvni deski nobenega posebnega pomena. V njem je nemogoče videti »potezo« neke »igre«, razen če na to pogledamo v luči nekih pravil. Šahovska pravila opredeljujejo igro kot institucijo in podajajo logično potrebne pogoje za izvajanje potez. Potezam dajejo poseben pomen in različne poteze povežejo v celoto. Na ta način je mogoče urejevalna pravila postaviti nasproti konstitutivnim. V obsegu, v katerem določajo igro, pravila šaha ne morejo biti kršena. Nespoštovanje teh pravil ne pomeni kršitve v pravem pomenu besede, ampak preprosto pomeni, da ne igraš več šaha.⁶⁴ Poleg tega se, drugače kot zapovedi, teh pravil ne spoštuje zaradi strahu pred sankcijami.

V pravu obstajajo številna konstitutivna pravila. Izdajati zakone ali napisati oporoko ni naravno dejanje, ampak dejanje, določeno s pravili.⁶⁵ Ravno njegov pojem konstitutivnega pravila danskemu pravniku omogoča, da ponudi nov pogled na norme o pristojnosti.

1.2.2 *Pristojnostne norme kot konstitutivna pravila*

Večina pravnih norm nastane kot posledica človeških dejanj. Toda neko naravno dejanje še ne zadostuje za nastanek norme. Človeška dejanja se morajo izvršiti kot posledica upoštevanja pravil, ki jih »konstituirajo«, prav tako kot šahovska pravila »konstituirajo« šahovsko igro.⁶⁶ Ta pravila, ki jih imenujemo pristojnostna pravila, pomenijo nujne in zadostne pogoje za veljavnost normodajnih dejanj.⁶⁷

Vsaka pristojnostna norma opredeljuje neko pravno dejanje, z drugimi besedami, podaja pogoje za ustvarjanje veljavnega prava. Te pogoje lahko razdelimo na tri skupine, ki določajo (1) organ, pristojen za izvršitev pravnega dejanja (osebna pristojnost), (2) postopek (formalna pristojnost) in (3) možno vsebino pravnega dejanja (materialna pristojnost).⁶⁸

Danski pravnik razlaga, da

pristojnostna norma vzpostavlja (angl. *constitutes*) oblast, opredeljeno z vsoto vseh nujnih in zadostnih pogojev za ustvarjanje pravnih pravil. V tem smislu lahko prav

63 Ross (1968: 53).

64 Ross (1968: 54).

65 Ross (1968: 56, 136).

66 Ross (1968: 130–131).

67 Ross (1958a: 79; 1968: 96; 1972: 209).

68 Ross (1958a: 204). Enako Ross (1968: 96 & 130; 2004: 205 & 170; 1972: 210).

tako trdimo, da oblast pooseblja celoten postopek ustvarjanja prava, opredeljen s pravili, ki zadevajo pogoje, nanašajoče se na avtorja, postopek in vsebino.⁶⁹

S tega vidika je mogoče reči, da pristojnostne norme ustrezajo pojmu konstitutivnih norm. Zdi se, da včasih ustvarjajo pristojnost samo po sebi,⁷⁰ včasih vrsto norme ali pravnega dejanja, ki je posledica izvrševanja pristojnosti,⁷¹ včasih nove oblike dejavnosti⁷² in včasih oblastne organe.⁷³ Včasih postavljajo pogoje, v katerih ima neka razglasitev moč prava ali v katerih se ustvari nova norma.⁷⁴ Vendar Ross meni, da so te prvine nujno povezane.⁷⁵

Najjasnejši izraz tega predloga najdemo v *Directives and Norms*. Ross piše, da je

pristojnost pravno vzpostavljena sposobnost ustvarjati pravne norme (ali pravne učinke) s pomočjo in v skladu z izjavljanji, ki imajo ta namen /.../. Norma, ki določi to sposobnost, se imenuje pristojnostna norma. /.../ Pristojnostne norme so, kot pravila igre, konstitutivne.⁷⁶

Na ta način lahko razložimo misel, da pristojnostne norme niso usmeritve v njihovem pravem pomenu besede, kot so to predpisovalne norme. Če opredeljujejo načine ustvarjanja novih norm, je »rezultat poskusa neke uzakonitve, ki ne zadostuje tem pogojem, *neveljavnost* ali *ničnost*«. ⁷⁷ Zaradi tega pristojnostna pravila strogo rečeno in drugače od pravil, ki pod grožnjo sankcije zapovedujejo ali prepovedujejo neko naravno dejanje, ne morejo biti kršena.⁷⁸

Ker pristojnostna norma vsebuje pogoje za ustvarjanje norm, bi bilo tautologija prirediti, da poskus izvrševanja te pristojnosti *ultra vires* (tj. zunaj njenih meja) ne vodi v nastanek pravne norme. Isto povemo, če rečemo, da je poskušano pravno dejanje neveljavno ali pa da je neveljavnost posledica nepodrejanja normi o pristojnosti.⁷⁹

Tako kot Searle tudi Ross torej zatrjuje, da imajo pristojnostne norme naravo konstitutivnih pravil.

Besedilne podlage v podporo misli, da Ross zagovarja tezo, po kateri morajo biti pristojnostne norme razumljene kot posredno izražena pravila, so torej prav tako številne in prav tako prepričljive kot tiste, ki jamčijo za sprejetje teze, po kateri pristojnostnih norm, ki spadajo med konstitutivna pravila, ni mogoče

69 Ross (2004: 206).

70 Ross (1958a: 32; 1968: 96).

71 Ross (1958a: 76 & 204; 1968: 56).

72 Ross (1968: 131).

73 Ross (1958a: 80–81; 2004: 206).

74 Ross (1958a: 79, 81; 1968: 96, 130–131).

75 Glej npr. Ross (1929: 357 & 360; 1958a: 204; 2004: 226).

76 Ross (1968: 130–131).

77 Ross (1968: 96). Glej tudi Ross (1968: 131; 1972: 210).

78 Ross (1929: 302–303; 1968: 54).

79 Ross (1929: 131).

zvesti na norme ravnanja. Prisotnost teh dveh tez, ki sta si po naravi nasprotni, zahteva poglobljeno proučitev notranje skladnosti Rossovega predloga.

2 NEGOTOVOSTI ROSSOVE TEORIJE PRISTOJNOSTNIH NORM

Rossova dvojna teorija pristojnostnih norm nas vabi, da se, onkraj opisane problematike, osredotočimo na celotno strukturo misli danskega pravnika. Z vidika notranje kritike se mora raziskava opraviti na dveh ravneh. Najprej je treba razumeti, kako se tezi o pristojnostnih normah povezujeta druga z drugo (2.1). Veliko bolj temeljno pa je vprašanje umestitve Rossovih razmišljanj na to temo v njegov projekt oblikovanja realistične pravne znanosti (2.2).

2.1 Sprava tez o pristojnostnih normah

Obstoj dveh tez o tem, kako bi bilo treba pojmovati norme o pristojnosti, je mogoče razložiti na različne načine. Pomanjkljivosti obstoječih poskusov razlag (2.1.1) zahtevajo predlog drugačne razčlenbe (2.1.2).

2.1.1 Obstoječi poskusi razlag

Po prevladujočem dojemanju je danski pravnik pristojnostne norme najprej razumel kot posredne predpise, kakor priča *On Law and Justice*. Zatem je v *Directives and Norms* ta pristop opustil. Razumel je, da so pristojnostne norme konstitutivna pravila.⁸⁰ Oblikovati je mogoče dve vrsti kritik takšnega dojemanja. Kot prvo, Ross v knjigi iz leta 1968 ni zanikal teorije o posrednih predpisih. Več izsekov je ohranil skoraj enakih kot v knjigi *On Law and Justice*. Poleg tega v slednji, ki je v danščini izšla leta 1953, večkrat omenja, da so pristojnostne norme konstitutivna pravila. Zaradi tega hipoteza o spremembi njegovega razmišljanja ne drži.⁸¹

Kot drugo pa je mogoče zmanjšati vpliv, ki naj bi jo v razmišljanju danskega pravnika imeli ena ali druga hipoteza. Tako meni Gaetano Carcaterra. Po njegovem je teza konstitutivnih pravil nepomembna.

Alfu Rossu se na pravnem področju s svojimi 'konstitutivnimi pravili' ni uspelo uveljaviti. /.../ Izoblikoval je osnovna načela teorije, ki je zasnovala normativna dejanja in norme v smislu performativov in konstitutivnih pravil. Ampak ta osnovna načela so ostala brez posledic, saj se zdijo njegova razmišljanja v *Directives and Norms* zgolj

80 Glej npr. Bulygin (1991: 491), Gascón (1997: 141–142), González Lagier (1995: 378–379), Mendonca (1992: 148).

81 Enako Ferrer Beltrán (1996: 547; 2000: 86, 94).

postranske narave. V nadaljevanju knjige niso uporabljena, saj se Ross spopada s problemom pravne norme kot predpisa in ga rešuje.⁸²

Takšno dojemanje ne upošteva ponavljajočih se trditev in podrobnih argumentov, ki jih ponuja Ross. Še več, s tem ko izključi eno izmed strani problema, s katerim se je treba spoprijeti, zanemari težavo razlage, ki vodi Rossova razmišljanja. Zaradi tega tudi ne daje razlage za hkratno prisotnost obeh tez.

Le Jordi Ferrer Beltrán si je resnično prizadeval uskladiti obe tezi z dobrohotno rekonstrukcijo Rossovega razmišljanja.⁸³ Pri tem je ponudil dve možnosti. Prva možnost za uskladitev Rossovih pisanj je v predpostavki, da se kategoriji konstitutivnih pravil in urejevalnih pravil ne izključujeta. Zato je lahko norma o pristojnosti hkrati posreden predpis in konstitutivno pravilo. Toda po mnenju Ferrerja Beltrána Ross preveč jasno zoperstavlja urejevalna in konstitutivna pravila, da bi lahko ta hipoteza vzdržala. Zato predlaga, da bi se Rossova misel, po kateri so pristojnostne norme posredno izražene norme ravnanja, razumela na naslednji način. Šlo naj bi za pravila, ki posredno določajo, kaj je treba storiti. Za namen naj bi imele identifikacijo norm ravnanja, ki neposredno določajo obveznosti. »[Z drugimi besedami] naj bi šlo za poskus pripeljati razlago prvega modela pristojnostnih norm k drugemu prikazanemu modelu.«⁸⁴ Španski pravnik meni, da če pristojnostne norme oblastem ne predpisujejo nobenega ravnanja, potem jih te ne morejo neposredno uporabljati. Te oblasti uporabljajo norme o pristojnosti le posredno, prek uporabe norm, ki so jih izdali na podlagi svojih pristojnosti. Ferrer Beltrán sklene, da bi veljalo premisliti o izključitvi teorije Alfa Rossa iz kroga predpisovalnih teorij.

Četudi je takšna rekonstrukcija zelo mamljiva, pa je treba dodati več pripomb. Prvič, z metodološkega vidika je zaključek nesorazmeren glede na osnovna načela dokazovanja. Ferrer Beltrán pravzaprav podaja dobrohotno rekonstrukcijo Rossovega razmišljanja. Sam poudarja, da so možne tudi drugačne ocene, predvsem tista, ki sklepa na obstoj neskladnosti.⁸⁵ Zato se nam ne zdi upravičeno, da se na podlagi takšnega dokazovanja utemelji izključitev Rossa iz kroga avtorjev, ki zagovarjajo predpisovalno teorijo pristojnostnih norm. Nadalje se takšen poskus rekonstrukcije opravlja z vednostjo, da se s tem opušča ena izmed dveh Rossovih tez. Ne gre torej za vzpostavitev medsebojne povezanosti med navidezno nezdružljivima kategorijama, ampak za to, da ena prevlada nad drugo.

Vsebinska rekonstrukcija, ki jo predlaga španski pravnik, pa poziva tudi k zadržkom. Dejansko temelji na sestavini, ki jo je Ferrer Beltrán sicer kritiziral. Po eni od možnih razlag Rossove teorije pristojnostnih norm gre te razumeti

82 Carcaterra (1988: 74).

83 Ferrer Beltrán (1996: 547–550, 2000: 94–97).

84 Ferrer Beltrán (1996: 548, 2000: 95).

85 V tem smislu glej npr. Carcaterra (1988: 80, op. 19).

kot norme, ki predpisujejo sodiščem, da obravnavajo usmeritve, ustvarjene po določenem postopku, za norme ravnanja. Kljub temu se po mnenju Ferrerja Beltrána ta teza »izkaže kot povsem nezadostna, saj je to obravnavanje [strogo gledano] psihološka nagnjenost (imeti neko normo za normo ravnanja)«,⁸⁶ ki je kot taka opredeljena preveč ohlapno. Edina razlika med tem pogledom, ki ga sam izključuje, in tistim, ki ga sprejema, je dejstvo, da v različici, ki jo kritizira, pristojnostne norme *predpisujejo neko identifikacijo*, medtem ko pri rekonstrukciji *identificirajo* same sebe. Morebitna razlika je zelo šibka, tako da bi se morala tudi začetna kritika Ferrerja Beltrána obrniti proti njegovi lastni rekonstrukciji. Ferrer Beltrán meni, da je v smislu rekonstrukcije, skladne z Rossovimi razmišljanjem, bolj zadovoljujoč argument, po katerem bi pristojnostne norme predpisovale obravnavo nekaterih elementov – ki jih same konstituirajo – kot norme ravnanja. Toda kljub razlikam, ki jih med urejevalnimi in konstitutivnimi pravili dela danski pravnik, se Ferrer Beltrán vrača k mnenju, da so pristojnostne norme hkrati urejevalna in konstitutivna pravila.

Po vsem povedanem se zdi, da je zelo težko podati neko skladno rekonstrukcijo Rossove teorije pristojnostnih norm, ki bi zajemala njegove različne trditve. Hipoteza o protislovju se zato zdi trdnejša. Kljub temu pa je mogoče ponuditi drugačno razlago njegovih razmišljanj.

2.1.2 Predlagana hipoteza

Dejstvo, da Ross na tako podroben način brani dve tako močni tezi, še ne dovoljuje, da bi eno raztegnili na račun druge. Uskladiti ju se zdi težko, vse dokler menimo, da je njuna naloga obravnavati isti predmet z enakimi znanstvenimi cilji. Njuno skladnost pa je mogoče utemeljiti na trditvi, da sta tezi postavljeni vsaka na svoji ravni diskurza. S tem ima vsaka od njiju svoj pomen, čeprav v omejenem okviru.

Teorija neposrednih obveznosti se nahaja na ravni pojmovne ekonomije. Ta dovoljuje, če že ne izgradnje logike norm,⁸⁷ vsaj razgradnjo pravnega jezika na nekaj pojmov, ki so po Hohfeldu temeljnega pomena iz treh razlogov. So vseobsežni, saj lahko z njimi izrazimo kateri koli pravni položaj. Poleg tega so tudi zadostni, saj lahko z njimi samimi izrazimo vse pravne položaje. Končno pa so tudi osnovni, saj jih ni mogoče zvesti na enostavnejše dele.⁸⁸ Ta pojmovni aparat je sestavljen iz osmih pojmov: obveznost, zahtevke, dopustnost in odsotnost zahtevka na eni strani ter podrejenost, pristojnost, nedotakljivost in nepristojnost na drugi strani. Ti omogočajo razumevanje in razčlenitev vseh pravnih položajev. Na koncu se združijo na način, ki je drugačen od Hohfeldovega, v

86 Ferrer Beltrán (2000: 88).

87 Posebej na to temo glej Ross (2004: 39–59; 1968).

88 Halpin (1985: 436).

en sam pojem obveznosti ali predpisovalne norme.⁸⁹ Ta pristop naj bi torej pripomogel k analitični redukciji pravnega jezika.⁹⁰ Ponuja nam vodilo, da bi na usklajen in strog način razumeli vse pravne izjave in jih pretvorili eno v drugo, dokler jih ne bi zvedli na osnovo, ki se sklada z najbolj temeljnima pravnima pojmomoma: obveznostjo in prisilo.⁹¹ Prav tako zagotavlja tudi zmanjšanje števila metafizičnih enot, ki prežemajo trenutno pravniško vesolje. Zmožnost predstaviti celotno pravo na enoten, preprost in neposreden način, omogoča realistični znanosti opisati svoj predmet brez večjih težav.

Teorija konstitutivnih pravil se najbolje umešča v študije, ki k preučevanju pristopajo z vidika pravnih igralcev.⁹² S tem naj bi bilo mogoče zadostiti pomembnemu vidiku Rossove teorije: tj. da se znotraj discipline preučuje, kako pravo vpliva na naslovnike.⁹³ Ena dejanskih razsežnosti pravnih pravil je ravno izkušnja, ki jo imajo z njimi naslovniki.⁹⁴ Norme so veljavne, če se jih dejansko upošteva, upošteva pa se jih, če so družbeno dojete kot obvezne.⁹⁵ V Rossovi teoriji je pravzaprav na neki način

norma spoznavna tvorba (teoretični model, razlagalna shema), ki omogoča družbenim vedam, da pojasnijo družbeno učinkovitost /.../ neke usmeritve (praktičnega modela, sheme delovanja /.../), ki jo je mogoče pripisati obstoju nekega konvencionalnega reda.⁹⁶

Pojem konstitutivne norme naj bi tako omogočal tudi, da se na prijazen način racionalizira izkustvo normodajnih dejavnosti znotraj vnaprej določenih shem.⁹⁷ Gre za to, da se razume »pravo v gibanju«, človeško dejavnost in zlasti čustva, psiho in sklepanja sodnikov, medtem ko ustvarjajo pravo. S tega stališča pristojnostne norme konstituirajo nove možnosti za ravnanje in nove oblike delovanja. Na takšen način je možno opisati razumevanje pristojnostne norme znotraj ideologije sodnikov, ki pravo ustvarjajo ob spoštovanju njenih pogojev, da ne bi ustvarili norme, ki bi bila kasneje preklicana. Te norme so torej posebni modeli ravnanja.⁹⁸ Če gre za konstitutivna pravila, jih posamezniki uporabljajo sami, ne da bi bila potrebna kakršna koli prisila. Prav kakor je očitno poka-

89 Ross (1958a: 162; 1968: 120). Glej tudi Ross (1947: 26–28, 192).

90 Glede razsežnosti tega »logičnega« razmišljanja Alfa Rossa glej predvsem Champeil-Desplats (2002: 29–41).

91 V tem smislu glej Ross (1968: 116–120).

92 Glede razlike med notranjim in zunanjim pogledom, ki ga je predpostavljal Ross, glej predvsem Hart (1976: 114, 124, 129–136). Glej tudi Rossove pripombe na to temo v Ross (2004: 186–188). Nasprotno se Hart (2000: 47–50) s tem pristopom ne strinja.

93 Glej npr. Ross (1958a: 15).

94 Ross (1958a: 16).

95 Ross (1958a: 18).

96 Savoini (1982: 402–403). Na to temo glej tudi Pattaro (1984: 103–146).

97 Pollastro (1983: 244–247).

98 Ross (1958a: 207).

zal Herbert L. A. Hart,⁹⁹ te norme pravzaprav same v sebi nosijo »sankcijo« za njihovo kršitev, saj v primeru, da se ne spoštujejo, ne dosežemo predvidene normativne posledice, tako kot pri šahovski igri ne izvedemo zamišljene poteze. Zato ni treba, da bi tem normam dodali poseben prisilni ukrep. Takšne, kot so, ne morejo biti kršene in zgolj volja narediti neko potezo v igri ali ustvariti neko normo – ne pa morebitni strah pred možno sankcijo – vodi igralce k temu, da se jih držijo.

Teorija posrednih obveznosti in teorija konstitutivnih norm potemtakem pomenita dve neodvisni bralni shemi za pravne pojave, ki se kažejo pod različnimi zornimi koti, s tem pa omogočajo vseobsežno realistično razumevanje prava.

Z upoštevanjem vseh teh razsežnosti Rossovega projekta je torej mogoče uskladiti obe ponujeni tezi o pristojnostnih normah. Kljub temu pa ni nič manj pomembno pojasniti, ali mu njegova teorija pravodajne oblasti dopušča preseči kritike, ki jih namenja prevladujoči pravni misli.

2.2 Uspeh teorije pristojnostnih norm v okviru realističnega projekta

Glavna kritika, ki jo Ross nameni običajnim teorijam, se nanaša na to, da morajo na koncu vedno izbrati med dejstvom in normo kot končnim temeljem prava. Takšna izbira jih takoj prisili k prevzemu alternativne rešitve, kar vodi hkrati v začarani krog in neskončno regresijo. Zato bo nujno raziskati, ali se oblika realizma, ki nam jo predlaga danski pravnik in ki se naslanja na njegovo teorijo pristojnostnih norm, resnično izogne temu protislovju. V tem pogledu negotovosti ne manjka, saj se z odmikanjem od tradicionalne doktrine na eni strani ter od njenih radikalnejših oblik (normativizma in ameriškega realizma) na drugi Ross vsaj dozdevno izpostavlja težavam tako enih kot drugih (2.2.1). Toda s težavami se je zmožen spopasti, če se poveže z izviri svojega teoretičnega projekta (2.2.2).

2.2.1 *Negotovosti srednje poti med normativizmom in ameriškim realizmom*

Problem, na katerega naleti Rossov realizem, je posebej močno nakazan v njegovem članku *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*.¹⁰⁰ Pristojnostna norma, ki je namenjena odpravi protislovja v pravni misli, je sama lahko plod delovanja določene oblasti. Da bi se to zgodilo, mora dotična

99 Hart (1976: 44–61, 92–94, 290; 1993: 131–133). Glej tudi Alchourrón & Bulygin (1991: 439–463); Bulygin 1991.

100 Ross 1969 in (2004: 205–226).

oblast uporabiti pristojnostno normo, ki jo je ustvarila neka druga oblast. V tem pa se že nakazuje neskončna regresija:

Ker število organov ne more biti neskončno, mora obstajati neki organ, višji od vseh ostalih, katerega pristojnost ne izhaja iz nobenega drugega.¹⁰¹

Možni sta dve rešitvi: ali najvišjo pristojnostno normo, ki je namenjena najvišjemu organu, izda ta organ sam ali pa veljavnost te norme ne izhaja iz nobene druge norme, zato pomeni neko izvirno dejstvo ali predpostavko za veljavnost drugih norm v sistemu.¹⁰² Ti rešitvi sta za Alfa Rossa nesprejemljivi. Zato Ross v omenjenem besedilu zapiše, da norma, ki določa najvišjo oblast, ni temeljna norma sistema. To je norma, katere obstoj se predpostavlja in ki podeljuje pristojnost najvišjemu organu. Ta vrnitev h Kelsnu – medtem ko se je Kelsen sam razšel s svojo prvotno teorijo in menil, da temeljna norma ni nič drugega kot fikcija –¹⁰³ preseneča. Vodi namreč k temu, da se prednost daje »veljavnosti« prav-
nih pojavov, s tem pa izpostavlja Alfa Rossa njegovi lastni kritiki normativizma.

Ross prav tako zavrne neko drugo rešitev, ki jo je pred tem zagovarjal. V *On Law and Justice* je dejansko zapisal:

Prejšnja shema je pokazala, da je bila neka določena oblast najvišja in da norm, ki so vzpostavljale to oblast, zato ni mogla ustvariti neka druga oblast, ampak so obstajale kot splošno sprejeto dejstvo. To pomeni, da ne obstaja neka najvišja norma, ki določa pogoje svojega veljavnega nastanka uzakonitev in sprememb.¹⁰⁴

Izvor oblasti najvišjih organov naj bi bil zato v neki ideologiji, ki jo družba deli. Karl Olivecrona, še en veliki učenec Axla Hägerströma, goreče zagovarja to tezo.¹⁰⁵ Meni, da je izvor prava v splošno razširjenem nagnjenju k spoštovanju ustave. Igralci, ki jih ustava vzpostavlja, lahko vplivajo na zapleteni psihološki mehanizem. Če zapovedo določena ravnanja na določeni način, potem bo večina državljanov te modele obnašanja sprejela kot objektivno veljavne in se jim bo prilagodila. Takšno splošno nagnjenje k spoštovanju ustave deluje kot nezmeren vir oblasti, ki ga lahko uporabijo pravni igralci. Ohranja se le, če se v tem odnosu vzajemnega vzročnega vplivanja ustava dejansko spoštuje in če se oblast izvršuje v skladu z njenimi pravili.¹⁰⁶ Ross je leta 1969 to rešitev izrecno zavračal.¹⁰⁷ Takšno omahovanje v skandinavskem realizmu priča o zadregi glede vprašanja obstoja oblasti z močjo ustvariti najvišjo normo v sistemu – kar pa

101 Ross 2004: 206.

102 Ross 2004: 207.

103 Kelsen 1964: 583–586; 1996: 339–346.

104 Ross (1958a: 81). Tudi Ross (1958a: 80–83; 1929: 359–364).

105 Olivecrona (1939: 50–74; 1971: 86–114). Glej prispevek Carle Faralli (2014) v tej številki. Nedavno je bilo to sklepanje ponovno sprejeto v enem bolj podrobnih poskusov obrazložitve pojma normativne moči: Ruiter (1993: 205; 1998: 486).

106 Olivecrona (1939: 50–61).

107 Ross (2004: 210).

ni nič drugega kot vprašanje prednosti bodisi dejanskih bodisi veljavnih prvin pravnih pojavov.

Tej prvi težavi sledi druga. Veljavnost prava se ugotavlja s preučevanjem vedenja sodnikov. Toda sodniki so opredeljeni zgolj pravno. Preučevanje njihovega vedenja, da bi se ugotovila veljavnost prava, predpostavlja, da je pravo veljavno in dovoljuje prepoznavo sodnikov, kar Rossa izpostavlja njegovi lastni kritiki ameriškega realizma.¹⁰⁸ Težave se je zavedal, zato se je v *On Law and Justice* poskušal temu začaranemu krogu izogniti. Tako je zanikal obstoj neka-kšne Arhimedove točke, v kateri naj bi se razmislek začel.¹⁰⁹ Po njegovem mnenju je pravni sistem združena celota, katere vplivnost se preizkuša na splošno. Zato naj bi bilo nemogoče preveriti veljavnost enega delca prava, ne da bi preverili tudi druge. Veljavnost se torej pripisuje sistemu kot splošni razlagalni shemi, ki omogoča hkratno razumevanje delovanja sodnikov in dejstva, da nastopajo v tej vlogi.

Ta teorija je težko razumljiva in vzbuja različne komentarje. Ota Weinberger vidi v tem problem, ki ga razreši z razumevanjem, da je veljavnost sistema nekaj strogo sociološkega in sloni na njegovi učinkovitosti, medtem ko naj bi veljavnost posamičnih norm, ki sestavljajo sistem, ocenjevali glede na način njenega nastanka.¹¹⁰

Drugi avtorji pa menijo, da je možno problem kljub trditvam Alfa Rossa rešiti v okviru njegove teorije. Enrico Pattaro¹¹¹ meni, da se lahko v uporabi norm, ki se nanašajo na državljane, obnašanje sodnikov razume kot Arhimedova točka, tj. kot prvi trenutek preverbe trditev o veljavnosti najprej teh norm samih, nato pa tudi norm, ki so vzpostavila sodišča. Arhimedovo točko preverjanja trditev o veljavnosti pravnih norm sestavljajo norme, ki v določenih pogojih sodnikom zapovedujejo uporabo sankcij. Če so te norme veljavne, potem so veljavne tudi norme, naslovljene na posameznike, nadalje pa tudi pristojnostne norme, ki spremljajo predpise, naslovljene na sodnike. Veljavnost pristojnostnih norm se preverja skupaj z veljavnostjo norm ravnanja, ki so ustvarjene v skladu s tem, kar prve določajo. Vseeno pa se je mogoče čuditi temu, da se veljavnost pogojev ustvarjanja nekega predmeta preverja z veljavnostjo tega predmeta samega. Še več, zdi se, da misel, da pristojnostne norme spremljajo norme ravnanja, ki so naslovljene na sodnike, ni v skladu z mišljenjem Alfa Rossa.

Drugi komentatorji menijo, da se lahko krožnost Rossovega razmišljanja razreši z lahkoto. Rafael Hernández Marín predlaga reformulacijo tega namišljenega problema. Da bi določili pomensko vsebino (ali intenzijo) »danskega prava«, moramo vedeti, kdo je danski sodnik, in da bi vedeli to, moramo po-

108 V tem smislu glej npr. Miedzianagora (1961: 92–121); Videtta (1968: 337, 343–346).

109 Ross (1958a: 36). Tudi Ross (1929: 286, 308–311, 331–333).

110 Glej npr. Weinberger (1991: 104).

111 Pattaro (1990: 386–390).

znati polje nanašanja (ali ekstenzijo) izraza dansko pravo. Gre torej za to, da se pomenska vsebina danskega prava spozna prek polja nanašanja tega izraza. To ne pomeni krožnosti. Še več, takšna metoda je povsem običajna. Tudi ko želimo vedeti, kaj je življenje, torej kaj je pomenska vsebina izraza življenje, moramo vedeti, kdo so človeška bitja in torej poznati polje nanašanja izraza živo bitje.¹¹² Da bi, po teoriji Alfa Rossa, spoznali vsebino danske pravne norme, moramo vedeti, kaj je danski sodnik, in da bi prepoznali danskega sodnika, moramo poznati polje nanašanja izraza »pravna norma, ki postavlja pogoje za to, kdo je danski sodnik«.

Te razlagalne težave, ki Alfa Rossa izpostavljajo prav tistim kritikam, ki jih sam namenja pravni misli, se lahko preseže, če se vrnemo k izvirom njegovega projekta.

2.2.2 Vrnitev k skandinavskim virom realistične misli Alfa Rossa

Z realističnega zornega kota se razčlemba, ki jo dopuščajo nekateri deli *Theorie der Rechtsquellen* iz leta 1929 in predvsem *Towards a Realistic Jurisprudence*, katere danski izvirnik je iz leta 1934, izkaže za obetavno. Temelji na vzročni zvezi med več sestavnimi deli pravnih pojavov. Za takšne zveze je značilno, da nimajo niti začetne niti končne točke.¹¹³ Prav zato vsi ti različni elementi – sistem prisile, zainteresirana vedenjska nagnjenja, nezainteresirana vedenjska nagnjenja, odločitve, ki so veljavne le, če jih izdajo nekateri igralci – medsebojno vplivajo drug na drugega.¹¹⁴ Predpostavka o začaranem krogu je zato izključena. V tem okviru niso pristojnostne norme nič drugega kot racionalni način izražanja dovzetnosti naslovnikov norm, da določene stvari priznajo kot pravo.¹¹⁵ Naslovniki so se pripravljali ravnati v skladu s tem, kar bodo določeni igralci izjavili na neki določen način. Pojem veljavnosti se torej vpisuje v vzročne zveze.

Hipoteza o krožnosti zato postane plodovita. Kot prvo, dopušča razlago, da so igralci na ta način omejeni z normami, ki jih porodijo sami – s čimer se problematično vprašanje, ali je primarno dejstvo ali norma, ne postavlja več. Hipoteza o krožnosti dopušča razumeti mehanizem prava na naslednji način, ki ga je v določenih razmišljanjih predlagal Hägerström.¹¹⁶ Vnaprejšnja nagnjenost k spoštovanju ustave deluje kot vir oblasti. Vendar je pristojnostna norma veljavna le, če se učinkovito in redno uporablja. Z namenom vpliva na ravnanja državljanov se morajo vrhovne oblasti ukloniti ustavnim normam o pristojnosti, ki so jim hkrati podrejene in katerim s svojimi dejanji dajejo podrobnejše

112 Hernández Marín (1982: 261–262).

113 Glej Kelsen 1982.

114 Ross (1946: 88–89).

115 Ross (1946: 79–83, 93–95).

116 Predvsem Hägerström (1953: 30–35, 44, 250–256).

okvire in veljavnost. Rekoč, da te temeljijo na že prej obstoječi pristojnostni normi, oblastem omogoča, da svojim odločitvam dajo utemeljitev, naslovnike pa spodbuja k ubogljivosti. Zato je mogoče prisostvovati nekakšni samokrepitvi pravnega sistema. Ta dejansko deluje krožno, saj se legitimnost in prisila medsebojno dopolnjujeta in se vzajemno utrujeta.¹¹⁷ Zato je za pravnika nepogrešljivo, da razume, kako zakonodajalec pojmuje in »udejanja« svoje naloge. Na ta način lahko pristojnostne norme vplivajo na ideologijo ustvarjalcev norm, med njimi pa predvsem sodnikov. Rečemo lahko, da so pristojnostne norme »veljavne«, če so sestavni del sklepanja pravnih igralcev.¹¹⁸ Pravna znanost pa se lahko nasloni na to relativno trdno ideologijo spoštovanja ustave, ki združuje obnašanja različnih pravnih igralcev v neko skladno razlagalno shemo s ciljem, da bi preverila svoje propozicije o pravu na strogo empirični način.¹¹⁹

Kot drugo, ta rekonstrukcija osvetljuje realistično pravno epistemologijo. Riccardo Guastini meni, da Ross ni natančno pojasnil metode, po kateri je mogoče spoznati ideologijo sodnikov.¹²⁰ Na to lahko odgovorimo, kot sledi. Danski pravnik meni, da

[k]adar se pri doktrinarnem proučevanju prava opisujejo določene norme kot veljavno pravo, tedaj se opisuje določena družbena dejanskost, torej določena vsebina normativnih idej, ki so dejansko občutene in učinkovite.¹²¹

Pravna znanost mora to množico delujočih predstav razčleniti na lahko dojemljive sestavine in predstaviti na urejen način. Za Rossa to pomeni, da pojave, ki se predstavljajo kot pravni, povežemo v skladno pripoved, utemeljeno na določenih predpostavkah, ki se nanašajo zlasti na ideologijo igralcev. Takšna predstavitev temelji na pojmi, ki omogočajo ureditev in racionalizacijo različnih elementov. Po mnenju danskega pravnika se njena uporabnost meri predvsem z možnostjo, da se napovedo bodoča ravnanja igralcev. Če hipoteze, na katerih temelji, ne omogočajo pojasniti prakse ali ne dopuščajo dovolj zanesljivih napovedi, potem je treba oblikovati nove hipoteze za rekonstrukcijo ideologije igralcev. S tem pravna znanost postaja empirična, oblikuje propozicije o pravu, ki jih je mogoče preizkusiti, in dovoljuje kritiko in preverbo lastnega delovanja.¹²² Zato lahko zavrremo tezo, da je Ross zagovornik epistemologije po zgledu zastarelega »neopozitivizma«.¹²³ Nasprotno, je predhodnik »postpozitivizma«, ki zagovarja, da znanosti – vključno z »naravnimi znanostmi« – ponujajo mogoče,

117 Ross (1929: 115, 296–297, 308, 331–333, 355–359, 365–366; 1946: 82–83).

118 Ross (1958a: 42).

119 Ross (1958a: 75; 1968: 88–89).

120 Guastini (1994: 264).

121 Ross (1958a: 10, op. 4).

122 Glej npr. že Ross (1929: 197, 371–372, 270–275, 281). Za spoznanja tega nauka glej Popper 1973 in 1985.

123 Glej Villa 1990.

relativne in preverljive pripovedi, ki iz neopredeljenega toka zaznav poustvarijo skupek razumljivih dogodkov.

Na podlagi teorije pristojnostnih norm Alfa Rossa je torej mogoče razumeti, kako sta epistemologija in oblikovanje pravnih pojmov povezana¹²⁴ in za kako obetavno se lahko izkaže ta oblika realizma.

*Iz francoskega izvirnika
prevedli Katarina Emeršič in Tjaša Bobek.***

Seznam navedenk

- Carlos E. ALCHOURRÓN & Eugenio BULYGIN, 1991: *Análisis lógico y Derecho*. Uvodnik Georg H. von Wright. Madrid: Centro de estudios constitucionales (El derecho y la justicia; 24).
- Manuel ATIENZA & Juan RUIZ MANERO, 1998: *A Theory of Legal Sentences*. Angl. prevod Ruth Zimmerling. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library; 34).
- Denys de BÉCHILLON, 1997: *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Pariz: Editions Odile Jacob.
- Norberto BOBBIO, 1998: *Essais de théorie du droit*. Fr. prevod Michel Guéret, Christophe Agostini. Uvodnik Riccardo Guastini. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Bruylant (La pensée juridique).
- Eugenio BULYGIN, 1991: Sobre las normas de competencia. *Análisis lógico y Derecho*. Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin. Uvodnik Georg H. von Wright. Madrid: Centro de estudios constitucionales (El derecho y la justicia; 24).
- Gaetano CARCATERRA, 1988: *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*. 2. izdaja. Rim: Bulzoni Editore.
- Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, 2002: Alf Ross: droit et logique. *Droit et société* 50 (2002).
- Carla FARALLI, 2014: Le droit comme fait. Prevod Pierra Brunnetta iz angleščine: Law as Fact. *Revus* (2014) 24.
- Jordi FERRER BELTRÁN, 1996: Die Kompetenznormen in der Rechtstheorie von Alf Ross: eines oder mehrere Modelle? *Rechtstheorie* 27 (1996).
- , 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Uvodnik Riccardo Guastini. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales – Boletín oficial del Estado (El Derecho y la Justicia).
- Jerome FRANK, 1949: *Law and the Modern Mind* [1930]. 6. izdaja. New York: Coward-McCann, Inc.
- Marina GASCÓN, 1997: Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. *Doxa* 20 (1997).
- Daniel GONZÁLEZ LAGIER, 1995: *Acción y norma en G. H. von Wright*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Riccardo GUASTINI, 1994: Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique. *Théorie du droit et science*. Ur. Paul Amselek. Pariz: P.U.F. (Léviathan).

¹²⁴ Predvsem Jori (1972: 55–78).

^{**} Prevajalki se za nasvete pri iskanju ustreznih terminoloških rešitev najlepše zahvaljujeva akademiku prof. dr. Marijanu Pavčniku in doc. dr. Jerci Kramberger Škerl, Matiji Žgurju za potrpežljivost, popravke in pomoč pri nastajanju prevoda ter Andreju Kristanu za končni pregled prevoda.

- Axel HÄGERSTRÖM, 1953: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Predgovor Karl Olivecrona. Angl. prevod C. D. Broad. Uppsala: Almqvist & Wiksells (Skrifter utgivna av Kungl Humanistiska Vetenskapssamfundet I Uppsala, Acta Societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis; 40).
- Andrew K. W. HALPIN, 1985: Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two. *Cambridge Law Journal* 44 (1985).
- Herbert L. A. HART, 1976: *Le concept de droit* [1961]. Francoski prev. Michel van de Kerchove, Joëlle van Drooghenbroeck & Raphael Célis. Bruselj: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Zvezek 6).
- , 1993: Bentham on Legal Powers. *Jeremy Bentham – Critical Assessments* (Zvezek 3 – Law and Politics). Ur. Bhikhu Parekh. London, New York: Routledge.
- , 2000: Le réalisme scandinave. Fr. prevod Eric Millard. *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* (2000) 4.
- Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, 1982: Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross. *Contributi al realismo giuridico*. It. prevod P. L. Bazzocchi. Ur. Enrico Pattaro. Milano: A. Giuffrè (Seminario giuridico della Università di Bologna; Miscellanea 1).
- Sven G. JENSEN, 1988: On Norms of Conduct and Norms of Competence. *A.R.S.P., Supplementa Vol. III, Theory and Systems of Legal Philosophy. I.V.R 12th World Congress, Athens 1985*. Ur. S. Panon, G. Bozonis, D. Georgas, P. Trappe.
- Mario JORI, 1972: Il concetto di norma nella scienza empirica del diritto. *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto* 49 (1972).
- Hans Kelsen, 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- , 1920: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- , 1925: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag.
- , 1962: *Théorie pure du droit*. 2. izdaja. [1960]. Fr. prevod Charles Eisenmann. Pariz: Dalloz (Philosophie du droit; 7).
- , 1964: Die Funktion der Verfassung. *Forum* 11 (1964).
- , 1965: Zum Begriff der Norm. *Festschrift für Carl Nipperdey*. München, Berlin: C. H. Beck.
- , 1982: *Vergeltung und Kausalität* [1941]. Uvodnik E. Topitsch. Dunaj, Köln, Gradec: H. Böhlau (Vergessene Denker – vergessene Werke; 1).
- , 1996: *Théorie générale des normes* [1979]. Fr. prevod Olivier Beaud & Fabrice Malkani. Pariz: P.U.F. (Léviathan).
- , 1997: *Théorie générale du droit et de l'Etat* [1945]. Fr. prevod Béatrice Laroche. Uvodnik Stanley L. Paulson. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Bruylant (La pensée juridique).
- Neil MACCORMICK, 1992: Le droit comme fait institutionnel. *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*. Neil MacCormick & Ota Weinberger. Fr. prevod Odile Nerhot & Philippe Coppens. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Story Scientia.
- , 1998: Powers and Power-Conferring Norms. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Ur. Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- Daniel MENDONCA, 1992: *Introducción al análisis normativo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales (Cuadernos y debates; 39).
- Françoise MICHAUT, 2000: *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*. Pariz: L'Harmattan (Logiques juridiques).
- Joseph MIEDZIANAGORA, 1961: L'idée de validité en droit. A propos du dernier livre d'Alf Ross. *Logique et analyse* 4 (1961).
- Éric MILLARD, 2004: Présentation. Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*. Ur. in fr. prevod Éric Millard & Elsa Matzner. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Bruylant (La pensée juridique).
- Carlos S. NINO, 1985: Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas. *Anuario de filosofía jurídica y social* 5 (1985).
- , 1986: El concepto de derecho de Hart. *Revista de ciencias sociales* 28 (1986).
- Karl OLIVECRONA, 1939: *Law as Fact*. Copenhagen: Einar Munksgaard; London: Humphrey Milford; Oxford: Oxford University Press.
- , 1971: *Law as Fact*. 2. izdaja. London: Stevens and Sons.
- Enrico PATTARO, 1984: La realtà del diritto e la sua conoscenza. *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross. Atti delle giornate di studio su Alf Ross (Lecce 14-15 maggio 1981)*. Ur. Antonio Tarantino. Milano: A. Giuffrè (Università degli studi di Lecce. Studi giuridici, Sezione di filosofia del diritto e della politica; 2).
- , 1990: *Lineamenti per una teoria del diritto*. Bologna: Editrice CLUEB.

- Piero POLLASTRO, 1983: Fenomenologia delle regole costitutive. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 13 (1983).
- Karl R. POPPER, 1973: *La logique de la découverte scientifique*. Fr. prevod Nicole Thyssen-Rutten & Philippe Devaux. Predgovor Jacques Monod. Pariz: Payot (Bibliothèque scientifique).
- , 1985: *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*. Fr. prevod Michelle-Irène de Launay, Marc B. de Launay. Pariz: Payot (Bibliothèque scientifique).
- Joseph RAZ, 1980: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. 2. izdaja. Oxford: Clarendon Press.
- Alf ROSS, 1929: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig, Dunaj: F. Deuticke.
- , 1933: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*. Kopenhagen: Levin & Munksgaard; Leipzig: Felix Meiner.
- , 1946: *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* [1934]. Angl. prevod Annie I. Fausbøll, Copenhagen: Einar Munksgaard.
- , 1947: *A Textbook of International Law*. Fr. prevod Annie I. Fausbøll. London, New York, Toronto: Longmans, Green and Co.
- , 1958a: *On Law and Justice* [1953]. London: Stevens & Sons Limited.
- , 1958b: *Definition in Legal Language. Logique et analyse* 1 (1958).
- , 1968: *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul (International Library of Philosophy and Scientific Method).
- , 1969: On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind* 309 (1969): 1–24.
- , 1972: The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives. *Contemporary Philosophy in Scandinavia*. Ur. Raymond E. Olson & Anthony M. Paul. Uvodnik. G. H. von Wright. Baltimore, London: The Johns Hopkins Press.
- , 2004: *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques*. Ur. in fr. prevod Eric Millard & Elza Matzner. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Bruylant (La pensée juridique).
- Dick W. P. RUITER, 1993: *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library; 18).
- , 1998: *Legal Powers. Normativity and Norms*. Ur. Stanley L. Paulson & Bonni Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- Gian P. SAVOINI, 1982: Performatività e validità in Alf Ross. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 12 (1982).
- John R. SEARLE, 1964: How to Derive 'Ought' From 'Is'. *The Philosophical Review* 73 (1964).
- , 1965: What is a Speech Act? *Philosophy in America*. Ur. Max Black. Ithaca, New York: Cornell University Press.
- , 1972: *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage*. Fr. prevod Hélène Pauchard. Pariz: Hermann (Savoir).
- Tore STRÖMBERG, 1984: Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence. *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11–14 1983*. Ur. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert Van Roermund. Dordrecht, Boston, Lancaster: D. Reidel Publishing Company (Synthese Library; 176).
- Guillaume TUSSEAU, 2004: *Les normes d'habilitation*. Doktorska disertacija, Pariz X. Ponatis 2006. Pariz: Dalloz (Nouvelle Bibliothèque des Thèses).
- Francesco P. VIDETTA, 1968: Il concetto di 'norma valida' secondo Alf Ross in 'On Law and Justice'. *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto* 45 (1968).
- Vittorio VILLA, 1990: *La science du droit*. Fr. prevod Odile Nerhot & Patrick Nerhot. Pariz: L.G.D.J. & Bruselj: Story-Scientia (La pensée juridique moderne).
- Sven WEDAR, 1985: *Realism and Validity. Studies in the Legal Theory of Alf Ross*. Lund: Filosofiska Inst., Univ. (Lund Monographs in Practical Philosophy; 6).
- Ota WEINBERGER, 1991: Ontology, Hermeneutics and the Concept of Valid Law. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of legal Theory and Social Philosophy*. Fr. prevod in uvodnik Neil MacCormick. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers (Law and Philosophy Library; 14).
- Georg H. von WRIGHT, 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Zygmunt ZIEMBIŃSKI, 1970: Norms of Competence as Norms of Conduct. *Archivum Iuridicum Cracoviense* 3 (1970). 24–29.
- , 1988: Le contenu et la structure des normes concédant les compétences. *Normative Structures of the Social World*. Ur. Giulio di Bernardo. Amsterdam: Rodopi (Poznań Studies in the Philosophy of Science and the Humanities; 11).

Jakob v. H. Holtermann*

Naturalizing Alf Ross's Legal Realism

A Philosophical Reconstruction

This article addresses a pertinent challenge to Scandinavian realism which follows from the widespread perception that the fundamental philosophical premises on which the movement relies, are no longer tenable. Focusing on Alf Ross's version of Scandinavian realism which has often been at the centre of critical attention, the author argues that his theory can survive the fall of logical positivism through an exercise of *philosophical reconstruction*. More specifically, he claims that it is possible to dismount Ross's realist legal theory almost intact from its commitments to logical positivism and embed it into an alternative *naturalist* philosophical program that is currently very strong in contemporary philosophy. In so doing, the author applies a narrow Quinean conception of naturalism, also known as *replacement naturalism*, which differs from a broader inclusive conception which has been applied by other scholars in the field but which leaves the philosophical crisis of Scandinavian realism unsolved.

Keywords: Alf Ross, Scandinavian realism, naturalized epistemology, naturalizing jurisprudence, logical positivism, W.V.O. Quine

It must fall outside a work in jurisprudence to enter into a comprehensive discussion of fundamental philosophical problems. It must be allowed to simply declare a standpoint and refer to the fact that this standpoint is shared by a significant group of modern philosophers and philosophically interested practitioners of other disciplines.¹

* jvhh@jur.ku.dk | Associate Professor of Legal Philosophy, University of Copenhagen.

1 Ross (1953: 386 / 2013: 388; my translation). For reasons unknown, this and quite a few other key passages are absent in the English translation *On Law and Justice* (1958). When necessary I shall therefore quote the two Danish editions of *Om ret og retfærdighed* (the 1953 edition has been out of print for a couple of decades. A second edition was published in 2013. I use the forward slash ("/") to indicate reference to the first and second Danish editions respectively). Translations of such passages are either my own or, when available, based on U. Bindreiter's translations in Ross (2016; forthcoming).

1 INTRODUCTION: A LIFE FOR SCANDINAVIAN REALISM AFTER LOGICAL POSITIVISM?

It is commonly agreed that Scandinavian realism has fallen on hard times since its heyday in the early and mid-20th century² – especially in the Anglo Saxon world where many commentators have long relegated it to the pages of history.³ One significant factor in this regard has been a growing perception that the fundamental philosophical premises, on which the Scandinavians relied, are untenable.⁴ This is particularly true with regard to Alf Ross who, as the only member of the movement, relied primarily on logical positivism which most modern philosophers agree is largely moribund today.⁵ However, on the basis of the at least superficial similarities between logical positivism and the less known Uppsala school, many legal philosophers have, perhaps unfairly, extended the negative judgment also to the other Scandinavian realists.⁶

In recent years scholars sympathetic to Scandinavian realism seem in the phenomenon known as ‘naturalism’ to have found grounds for cautious optimism that a cure for this philosophical crisis might be available. Naturalism has been high on the agenda in general philosophy for the last three or four decades and following Quine’s seminal article “Epistemology Naturalized” (1969). With roughly the usual delay this general trend has in the last decade or two been taken up also in legal philosophy. In this field, the pioneering work was done from around the turn of the century by Brian Leiter with his naturalistic reconstruction of American realism,⁷ but in later years parallel attempts have

2 Even if there may be some modest signs of a turning of the tide. This special issue may be one such sign. Another may be the fact that the Oxford University Press has commissioned a new English translation of Alf Ross’s main work *Om ret og retfærdighed* to be published as a second critical edition of *On Law and Justice*, Ross (2016; forthcoming).

3 Thus, e.g. Leiter’s claim that Scandinavian realism ‘is today more of a museum piece than a live contender in jurisprudential debates’ (2014). Cf. also Schauer & Wise 1997.

4 Another significant factor has undoubtedly been Hart’s highly influential but largely mistaken criticism of Alf Ross in: Hart 1959. For criticism, see e.g. Pattaro 2009, Eng 2011, Holtermann 2013.

5 Already in 1967 *The Encyclopedia of Philosophy* held that: ‘Logical positivism, then, is dead, or as dead as a philosophical movement ever becomes.’ Passmore (1967: 57). And more recently, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* reports that: ‘We should not expect philosophers today to identify with the movement either.’ Creath 2014.

6 Cf. e.g. Leiter: ‘That Scandinavian Realism should have fallen out of favor is not wholly unsurprising in light of its dependence (on everyone’s understanding) on so many distinctive semantic and epistemic doctrines of logical positivism.’ (2014; emphasis added) Pattaro traces the tendency to disregard differences between Vienna and Uppsala back to Hart’s 1959 review of Ross’s *On Law and Justice*: ‘the title of the review, “Scandinavian Realism,” may have led some hurried readers to attribute to the Uppsala School en bloc the criticisms that Hart in reality addresses only to Ross, and that not fully with reason.’ Pattaro (2009: 545).

7 Cf. Leiter 2007 for a collection of papers (the earliest stem from 1997).

been made to look also at Scandinavian realism through the same philosophical prism.⁸

The result of these exercises depends of course on each occasion on what exactly one means by *naturalism*. Unfortunately, contemporary philosophy has not been particularly helpful in this regard sporting a variety of diverging and, in some cases, mutually inconsistent understandings of the term.⁹ Notwithstanding the full spectrum of these competing understandings, it seems reasonable to make a rough distinction between two conceptions of naturalism that have been applied in the literature on legal realism: one that is broad and inclusive, which has been applied by Spaak and Mautner in relation to Scandinavian realism, and another that is more narrow and exclusive and distinctively Quinean, which has been applied by Leiter and Holtermann in relation to American and Scandinavian realism respectively.

Simplifying somewhat, the broad conception can be described in the following way:

[N]aturalism can intuitively be separated into an ontological and a methodological component. The ontological component is concerned with the contents of reality, asserting that reality has no place for 'supernatural' or other 'spooky' kinds of entity. By contrast, the methodological component is concerned with the ways of investigating reality, and claims some kind of general authority for the scientific method.¹⁰

Thus defined it is clear that we are not dealing with a very specific philosophical position. Depending on how the details are spelled out, we are dealing rather with a combination of a physicalist or materialist monism and an empiricist or positivist theory of knowledge that seems to fit quite a few philosophical "-isms" throughout history. In particular, this conception of naturalism quite obviously shares an immediate affinity with the general philosophical program to which the Scandinavians subscribed and in which they carefully couched their legal theory, i.e. logical positivism and the anti-metaphysical Uppsala-school.¹¹

8 Cf. Holtermann 2006, Spaak 2009, Mautner 2010. The former of these works was written in Danish and neither Spaak nor Mautner take it into account but proceed instead (as we shall see immediately below) on a very different conception of naturalism. The present paper consists therefore largely of a repetition of the basic argument from 2006, which is presented here for the first time in English. Besides some abbreviations and minor changes, the most substantive new element is that I situate and distinguish my argument from Spaak's and Mautner's later work. Unfortunately, Holtermann 2006 was written in ignorance of Leiter's early, parallel work on American realism, but his work is taken into account in a separate article, Holtermann (2015; forthcoming) discussing the two different kinds of rule-skepticism underlying Scandinavian and American realism respectively and the implications of this difference for their respective potential for naturalism.

9 Cf. Papineau 2009.

10 Papineau 2009.

11 Cf. e.g. Mautner: 'Many philosophical "-isms" are naturalist, among them philosophies known as evolutionism, logical positivism, and physicalism.' Mautner (2010: 411).

It is therefore at least *prima facie* understandable why Spaak and Mautner have adopted this broad conception in their attempts to revive Scandinavian realism through naturalization. The problem is, however, that this approach in effect does very little to address the specific character of the Scandinavians' current philosophical crisis – especially if we focus, as I shall do in this article, on Alf Ross whose particular logico-positivist version of Scandinavian realism has often been at the centre of debates about the movement's current relevance. Ross simply fits in too easily on this broad understanding of naturalism, and the label is too uninformative to provide any real argument in favour of his continued philosophical viability. *Naturalizing* thus understood in effect requires little more than reasserting the basic tenets of his version of Scandinavian realism, thus conveying the message that his decade-long crisis has merely been the result of temporarily being out of intellectual fashion.¹² But this, I submit, is a wrong reading of the challenge Ross (and, to the degree its fate is often (rightly or wrongly) tied to his, Scandinavian realism as such) is currently facing. Naturalism's current topicality does not mean that logical positivism is back in fashion under a new name. The fact is that Ross's fundamental philosophical standpoint is simply no longer 'shared by a significant group of modern philosophers',¹³ and this challenge has to be taken seriously if his version of Scandinavian realism is to hold continuous relevance.

With a view to the overall meaningfulness of the naturalizing exercise there may therefore be good reasons to think that while Spaak and Mautner's broad approach may not necessarily be *intrinsically* problematic it may not be particularly rewarding either. Fortunately, things look different if we apply the narrow Quinean conception of naturalism instead. This conception, which is also known as *revolutionary* or *replacement naturalism*,¹⁴ is a quite specific version of the methodological variant described above, i.e. one that focuses on *epistemology* and which can preliminarily be characterized as i) the explicit rejection of so-called Cartesian foundationalism, i.e. of any attempt to derive our beliefs from indubitable foundations, and ii) the view that this normative justificatory exercise should be replaced by a descriptive empirical study of how we actually form our beliefs.

What is particularly important in the present context is that Quine explicitly considers logical positivism to be a kind of Cartesian foundationalism.¹⁵ His naturalism is, in other words, *inconsistent with logical positivism because*

12 Thus, Spaak: 'naturalism has again become an important topic in core areas of philosophy'. Spaak (2009: 33). Cf. also Mautner (2010: 412).

13 Ross (1953: 386 / 2013: 388).

14 Cf. e.g. Haack 2009, Leiter 2007, Feldman 2012.

15 In fact, his argument originally presented in Quine 1980 [1951] directly targets only the logical positivist version of Cartesian foundationalism – simply because he did not find other versions worthy of serious attention.

it presupposes its failure as a philosophical program. With a view to the specific philosophical challenge confronting Ross's version of Scandinavian realism, we should therefore expect that a successful naturalization on this conception of naturalism will provide a much stronger argument for his current philosophical viability because it would *incorporate* the very arguments that have been launched against his current philosophical foundations in logical positivism (by Quine and others).

For the same reason, however, we should also expect such an exercise to be substantially different and also more demanding because it requires not merely an exegetic exercise of *interpretation* and *reassertion* but rather a comprehensive *philosophical reconstruction* of Ross's realist position. More specifically, it requires dismantling his *legal* theory from the general, logico-positivist philosophical foundations in which he deliberately and carefully placed it and reinserting it into a fundamentally different philosophical framework, i.e. replacement naturalism.

In spite of the difficulties, I submit that this philosophical reconstruction is in fact feasible. My argument for this claim proceeds in the following way: first, I outline how Ross conceives jurisprudence in a way that fits into the program of logical positivism; second, I develop in greater details the basic tenets of Quinean replacement naturalism; third, I show how Ross's theory of law can be adapted into this epistemology; and fourth and finally, I show how Ross's philosophy thus transformed provides a new and critical perspective on some ongoing discussions in contemporary philosophy.

2 A REALIST LEGAL SCIENCE À LA LOGICAL POSITIVISM

In order to successfully dismantle Ross's legal realism from its foundations in logical positivism we must first establish how Ross himself conceived his legal theory in relation to this general philosophy of science. This in turn presupposes a very brief account of the basic tenets of logical positivism.

In spite of belonging to empiricism in philosophy according to which the ultimate foundation for knowledge is sense data, logical positivism is at the same time closely associated with Descartes who, as a rationalist, is traditionally contrasted with empiricism. Of course the logical positivists flatly reject Descartes' rationalist strategy of securing knowledge from a foundation of truths of reason but they clearly adopt his basic idea that knowledge should be indubitable, and that it should therefore be based on an unshakeable foundation. As good empiricists they only insist that this foundation be constituted by basic sense data. Beyond this austere foundation the logical positivists only recognize logi-

cal truths (which they consider tautological) and truths that are capable, at least in principle, of being derived logically from sense data. Any proposition that does not fit in either of these three categories is to be rejected as *metaphysics*.

Turning to the doctrinal study of law, it soon becomes evident that this discipline contains a long list of propositions which it is very hard to imagine could ever be derived, even in principle, from sense data. Doctrinal textbooks routinely mention normative phenomena like rights, duties, engagements, etc. In the Danish version of *On Law and Justice*, Ross chooses, as a random example, a sentence from a textbook on contract law: 'The acceptor is bound to pay the bill of exchange on the due day for payment, cf. § 28 (1) Danish Bill of Exchange Act.'¹⁶

The epistemological challenge posed by this kind of normative proposition (in Ross's terminology a so-called *directive*) is that a duty cannot be reduced to basic sense data:

But what is an 'obligation', and how can one empirically determine if it has arisen? The acceptance as such, accomplished by drawing some ink lines on a piece of paper, does not, among its observable consequences, seem to have one that can be called 'obligation'.¹⁷

One attempted solution to this challenge whose alleged failure Ross never tires of exposing is of course natural law.¹⁸ In Ross's interpretation, natural law pursues a *rationalist* epistemological strategy: it tries to derive the validity of such normative statements of legal rules from a foundation of self-evident truths of reason; more specifically, from one fundamental, intuitively valid *idea of justice* which is constitutive of law, and to which all human beings, qua rational creatures, have access and will assent.¹⁹

To Ross, however, the problem with such intuitions is that they, in contrast to sense data, are inextricably private. Intuitions can vary from person to person, and patently do so quite often. As Ross puts it in one of his most quoted passages:

Like a harlot, natural law is at the disposal of everyone. The ideology does not exist that cannot be defended by an appeal to the law of nature. And, indeed, how can it be otherwise, since the ultimate basis for every natural right lies in a private direct insight, an evident contemplation, an intuition. Cannot my intuition be just as good as yours? Evidence as a criterion of truth explains the utterly arbitrary character of the

16 Ussing quoted in Ross (1953: 15 / 2013: 53; Bindreiter's translation). This particular passage is also omitted in the English version of *On Law and Justice* in which Ross does not directly mention an example of a textbook sentence, but he refers on other occasions to section 62 of the Uniform Negotiable Instruments Act.

17 Ross (1953: 16 / 2013: 53; Bindreiter's translation).

18 The following four paragraphs follows Holtermann (2015; forthcoming) closely.

19 Cf. Ross (1958: 65–66).

metaphysical assertions. It raises them up above any force of inter-subjective control and opens the door wide to unrestricted invention and dogmatics.²⁰

What is more often overlooked, however, is that Ross is equally dismissive (even if less hostile) of the legal positivists attempts to justify statements of legal doctrine.²¹ The question is, therefore, whether a legal *science* is ultimately possible at all on the conditions of logical positivism. Ross clearly thinks it is, and the key move in his suggested solution is a fundamental change in the perspective of jurisprudence – from being norm *expressive* to being norm *descriptive*.²² It may not be immediately obvious how this simple move should help but it is in fact crucial for the possibility of a doctrinal legal *science*. How is perhaps best explained through an analogy and a clarifying notion from Frege's logic. First the analogy:

Ellen and the Christmas pixie-norm: If six year old Ellen around Christmas claims that she *ought* to leave some rice pudding in the addict for the Christmas pixie, we may safely assume that this is not true. We do not as a matter of fact have any duties toward imaginary creatures like Christmas pixies. If, on the other hand, Ellen's father were to say that *Ellen believes that* she ought to leave rice pudding in the addict, the case is completely different. And this is so because, in contrast to the first proposition, the truth value of the latter is wholly independent of the possible existence of duties toward imaginary creatures. It depends, instead, exclusively upon whether or not Ellen actually believes in the existence of such a duty. And this is ultimately a descriptive psychological question regarding her beliefs, not a normative (i.e. norm *expressive*) question about the existence of duties toward Christmas pixies.

This analogy illustrates an old insight from the philosophy of language attributed to Frege: if any given proposition *P* is embedded in a so-called *propositional attitude report* (i.e. an agent *A* *believes that*, *claims that*, *feels that*, etc. *P*), the truth value of that particular proposition has no bearing on the truth value of the compound proposition (the propositional attitude report).²³ Whether or not things actually *are* the way *A* believes/claims/feels they are, is simply irrelevant to the truth of the whole report. In such contexts the crucial question is instead *whether or not* she actually believes/claims/feels that things are in the way asserted in the proposition.

And it is precisely this shift in truth values following the introduction of a propositional attitude context which Ross aims to achieve when he insists that legal science should be norm-*descriptive* and not norm-*expressive*. Following this paraphrasing the doctrinal study of law is no longer a study of how we as legal subjects *ought* to behave; about which rights and duties we have. It is,

20 Ross (1958: 261).

21 Cf. Holtermann (2015; forthcoming) and also Ross's criticism of Kelsen, this issue translation of Ross (1936).

22 Cf. e.g. Ross (1958: 19).

23 Cf. Frege (1994 [1892]: 149).

roughly speaking, a study of how *judges believe* we ought to behave; about which rights and duties *they believe* we have.

In his examples of propositions of legal science Ross consistently emphasises this paraphrasing terminologically. Thus he writes “that every proposition occurring in the doctrinal study of law contains as an integral part the concept ‘valid (Illinois, Californian, common, etc.) law.’”²⁴ This means that the propositions of legal science must be *indexicalised* to use an expression from the philosophy of language: they must be propositions about the beliefs of a particular group of people regarding a particular field; i.e., about the beliefs of Illinois, Californian, common, etc. judges regarding Illinois, Californian, common, etc. law. This addition may on occasion be tacitly implied but it can never be thought away entirely – lest the propositional attitude context and thus the actual possibility condition for an empirically respectable legal science disappear. In other words, the epistemologically problematic directives (and adhering thoughts) are placed in the mouth (and mind) of the judge.

One might object that propositions about judges’ beliefs about rights and duties (in Ross’s words: ‘the ideology of the sources of law which in fact animates the courts’²⁵) are equally impossible to verify. After all, how do we know what people believe? This is private too. Ross is ready to acknowledge the existence of epistemological challenges also in this area. But in contrast to the difficulties facing natural law and legal positivism, he does not consider these problems to be insurmountable on empiricist conditions – for the following reason:

If, in spite of all, prediction is possible, it must be because the mental processes by which the judge decides to base his decision on one rule rather than another is not a capricious and arbitrary matter, varying from one judge to another, but a process determined by attitudes and concepts, a common normative ideology, present and active in the minds of judges when they act in their capacity as judges. *It is true that we cannot observe directly what takes place in the mind of the judge, but it is possible to construct hypotheses concerning it, and their value can be tested simply by observing whether predictions based on them have come true.*²⁶

Correspondingly, if Ellen believes in the existence of duties towards Christmas pixies it is highly likely that she will behave accordingly around Christmas: she will remind her daddy to buy rice in the super market, to cook it when they get home, etc. And if a judge believes that the Bills of Exchange Act, section 28, subsection 1 is socially binding she will behave accordingly if a case

24 Ross (1958: 11).

25 Ross (1958: 76).

26 Ross (1958: 75; emphasis added).

fulfilling these conditions is brought before her court: she will order the acceptor to pay.²⁷

It is in view of these considerations that Ross's theory of law becomes a predictive theory: it becomes a set of predictions of judges' behaviour under certain specified conditions. Thus, in Ross's final analysis an assertion A made in the doctrinal study of law that a given directive D is valid (Illinois, California, common etc.) law, becomes:

a prediction to the effect that if an action in which the conditioning facts given in the section are considered to exist is brought before the courts of this state, and if in the meantime there have been no alterations in the circumstances which form the basis of A, the directive to the judge contained in the section will form an integral part of the reasoning underlying the judgment.²⁸

And more generally, the entire doctrinal study of law becomes a theory about '*the aggregate of factors which exercise influence on the judge's formulation of the rule on which he bases his decision*'.²⁹ Ultimately, these factors can be subsumed under the four sources of law: legislation, precedent, custom and the tradition of culture ("reason").³⁰

This, in brief, is Ross's standard model for the propositions of legal science. It represents his general conception of the doctrinal study of law, and illustrates how he elegantly manages to bring jurisprudence in accordance with the epistemological presuppositions of logical positivism.

3 REPLACEMENT NATURALISM: THE HISTORY OF A FAILURE AND THE EMPIRICAL TURN IN EPISTEMOLOGY

The problem is, however, that most contemporary philosophers have come to believe that these very epistemological premises are fatally flawed. Many philosophers have contributed to the criticism of logical positivism but I will focus only on Quine's criticism for the reasons mentioned in the introduction. Put very briefly, the starting point of his argument is that it is simply impossible, *even in principle*, to reduce any part of our alleged knowledge to basic sense data. Neither sense data themselves, nor the propositions of logic which should

27 This is also why Aarnio is wrong when he claims that '[t]his very element in the Rossian prediction theory [that his theory is both behaviorist as well as idealist] necessarily leads to a non-positivist final conclusion: The doctrinal study of law is interpretative, or if preferred, hermeneutic, and not empirical as to its nature.' Aarnio (2011: 94).

28 Ross (1958: 42).

29 Ross (1958: 77; my emphasis).

30 Cf. Ross (1958: ch. 3).

make it possible to combine sense data into complexes of theory, are indubitable in the way the logical positivists seemed to presuppose.³¹

This conclusion is fatal for logical positivism because it seems to imply that, contrary to the movement's intensions, *all* known scientific disciplines become "metaphysics" – from hard physics to Ross's newly reconstructed realistic jurisprudence. To put the same point differently: logical positivism has ended up in many philosopher's nightmare: scepticism.

This conclusion leaves but one serious problem: it is deeply counterintuitive. It simply seems too hard to believe that otherwise perfectly reliable science should ultimately be metaphysics in the pejorative sense; i.e. cognitively meaningless nonsense with no greater claim to our attention than palmistry.

And it is precisely this consideration that Quine takes as the starting point of his naturalized epistemology. Thus, he writes: 'We may not be able to explain why we arrive at theories which makes successful predictions, *but we do arrive at such theories*.'³² We *do* in fact have knowledge. We *are* in possession of valid science. And in so far as this is true, there must be something wrong with a theory of knowledge which turns out to claim the opposite.

The pertinent question is *what* it is exactly that is wrong with the logical positivists' theory of knowledge. Considering the fact that we actually seem to be in full possession of viable science, Quine's conclusion is that there must simply be something wrong with the movement's Cartesian premise that deducibility from sense data is a necessary condition for science. Or, as Quine later puts it: 'Cartesian doubt is not the way to begin.'³³

But how *should* we begin then if the Cartesian ideal of unshakeable foundations is mistaken? How else should we do epistemology? Answering this question necessitates a closer diagnosis of the traditional epistemological project. The Cartesian tradition is characterized by not taking anything for granted. It takes as its starting point the completely open questions: *Do* we have knowledge at all? Is knowledge really *possible*? On this conception, epistemology becomes an ideal or utopian project right from the outset. Disregarding matters in the real world, it starts out with an ideal definition of knowledge.

But from these beginnings the possibility of ending up with a negative answer is indeed real – as the examples of Descartes and logical positivism show. From there we can indeed be forced to conclude that knowledge is unattainable. It is therefore precisely this ideal and ultimately utopian feature of Cartesian epistemology which Quine (and a growing number of modern phi-

31 In Quine's words: 'any statement can be held true come what may, if we make drastic enough adjustments elsewhere in the system.' Quine (1980 [1951]: 43).

32 Quine (1969: 79; my emphasis).

33 Quine (1975: 68).

losophers with him) concludes is mistaken, and leads him to his anti-sceptical premise, i.e. to the earlier mentioned claim that we do in fact have valid science, even if we still haven't figured out quite *why* this is so. Once we truly appreciate this fact it irreversibly changes the epistemological agenda. From this point the primary question is no longer whether or not we actually do have knowledge. Anybody can see that we do. Instead, the epistemological question becomes *how* we have received that knowledge as a matter of fact. In Quine's words:

But why all this creative reconstruction, all this make-believe? The stimulation of his sensory receptors is all the evidence anybody has had to go on, ultimately, in arriving at his picture of the world. *Why not just see how this construction really proceeds?*³⁴

And this question – as to how we, and the sciences generally, have ultimately arrived at our 'picture of the world' – is an *empirical* question. It is a question as to which factors actually influence the shaping of our beliefs about the world. This brings out the most conspicuous break with Cartesian epistemology. For as long as the starting point of epistemology is the open question as to whether or not we do in fact have knowledge, we cannot for logical reasons utilize that same knowledge to answer the question: 'If the epistemologist's goal is validation of the grounds of empirical science, he defeats his purpose by using psychology or other empirical science in the validation.'³⁵

But if we no longer ask *whether or not* we have knowledge, but *how* we arrived at the knowledge we claim we have, then we are no longer barred from using already existing knowledge:

However, such scruples of circularity have little point once we have stopped dreaming of deducing science from observations. If we are out simply to understand the link between observation and science, we are well advised to use any available information, including that provided by the very science whose link with observation we are seeking to understand.³⁶

And it is precisely this change in perspective which has been setting large parts of the epistemological agenda after the fall of logical positivism. The epistemological project has to a large extent become one of giving a detailed empirical description of how we have arrived at our picture of the world, and epistemology as a discipline has, correspondingly, become a *descriptive* rather than a *normative* discipline. Hence the label *replacement naturalism*.

34 Quine (1969: 75; emphasis added).

35 Quine (1969: 75–76).

36 Quine (1969: 76).

4 A FEW DETAILS

Before returning to Ross, however, we should sort out a few details pertaining to this empirical epistemological position. For while the general idea of taking the philosopher ‘out of the arm chair and into the field’³⁷ has met with widespread sympathy, there has been considerable disagreement as to where precisely this field might be. Which empirical discipline or disciplines should take the place of armchair philosophy?

Quine for his part was still so much influenced by the empiricist tradition that he thought it obvious that an account of ‘the construction of our picture of the world’ should be constituted predominantly by a natural scientific description of the affection of our senses. Accordingly, he thought that the key empirical epistemological discipline should be some kind of austere behavioural psychological study of the correlation between the sensory input to which we are exposed, and the ensuing output in the shape of theories of the design of this world.

The question is, however, whether Quine still has a strong argument in favour of this continued hard scientism. When the goal was reduction to sense data this favouring seemed to make good sense. But once this reduction has been proven unfeasible and the associated ideal concept of knowledge has been abandoned it has all the appearance of old empiricist prejudice. It simply does not seem plausible that only those factors that fall within the prisms of the natural sciences should play a role in the construction of our beliefs.

Accordingly, other modern epistemologists have rebelled against this particular part of Quine’s program. They have tried to give an empirical account of the construction of our picture of the world without, in so doing, sticking narrowly to a natural scientific recording of the ‘stimulation of our sensory receptors’.

One early prominent example of this school of thought is Thomas Kuhn who uses history and sociology to give an unprejudiced account of how *as a matter of fact* physicists have arrived at their theories.³⁸ These soft disciplines acquire this new role precisely because one of Kuhn’s conclusions is that the ‘stimulation of our sensory receptors’ plays a considerably less significant role in the construction of our scientific theories than Quine would have us believe. On the contrary, factors like education, socialization into a particular scientific tradition (a paradigm), etc. that are not captured through the narrow prism of behavioural psychology turn out to play at least as big a role.

Kuhn is supported in this conclusion by a long range of other modern epistemologists and philosophers of science who have also spoken in favour of

37 Dennett 1988.

38 Kuhn (1996 [1962]).

turning epistemology into an empirical discipline. This goes, for instance, for the so-called social constructivism within sociology of knowledge and of science which unambiguously approve of an empirical assumption in the style of Quine. This can be seen, *inter alia*, from the key work *Knowledge and Social Imagery*³⁹ from one of the leading theorists in social constructivism David Bloor: 'All knowledge, whether it be in the empirical sciences or even in mathematics, should be treated, through and through, as material for investigation.'⁴⁰ However, as amply indicated by the name, settling for a natural scientific registration of 'stimulation of our sensory receptors' is found to be grossly insufficient also in this school. A sociological perspective is necessary.

Sociologists of science and of knowledge are undoubtedly right that Quine's strictly natural scientific perspective is insufficient if the goal is to provide an exhaustive description of the creation of our science and knowledge. On the other hand, these sociologists have a marked tendency to wear the patch over the other eye. Instead of Quine's narrow physicalist perspective we get an equally narrow sociological view. And this, no doubt, is equally unsatisfactory. The more reasonable conclusion must surely be that the new empirical epistemology becomes a multi-disciplinary endeavour. Considered as an empirical phenomenon, knowledge and science is multi-faceted. From a neutral perspective it would appear to involve human beings as biological organisms, sense-perceiving creatures, language users, psychological subjects and social creatures. Accordingly, a credible empirical replacement naturalism seems forced to include all those natural and social sciences which focus on these various aspects of the construction of our picture of the world.

Thus far, focus has been on the *methodological* side of the modern empirical school and its break with Cartesian epistemology. However, with a view to seeing how it shall ultimately be possible to place Ross's realism within this naturalistic framework, we should observe a corresponding development – for parallel reasons – on the object side of epistemology. Thus, Bloor writes with regard to the empirical epistemology that it 'would be impartial with respect to truth and falsity, rationality or irrationality, success or failure. Both sides of these dichotomies will require explanation.'⁴¹ This attitude is in contradiction with the traditional Cartesian search only for indubitable truths. But it follows, in fact, directly from the pragmatic, non-ideal starting point of a naturalized epistemology. In the absence of ideal indubitable knowledge, it appears that we have no other option but to begin with what people actually believe they know. From some ideal point of view, these beliefs may very well be true or false, knowledge or ignorance. But this is precisely what we do not *know* up front. They must

39 Bloor (1991 [1976]).

40 Bloor (1991: 3).

41 Bloor (1991: 7).

therefore be placed on the same footing. It is in this sense that an empirical epistemology can be said to amount to a “theory of beliefs”.

Finally, it should be added that the suggested empirical study can be carried out on different levels of abstraction according to the particular set of beliefs which we are trying to explain at any given moment. On the one hand, we can investigate completely general, universal factors influencing the creation of the beliefs of *Homo sapiens* as such. Such an account would undoubtedly include a general explanation as to how the senses bring information about the surrounding physical world, how language is learned, how human beings are socialized into particular world views, etc.

On the other hand, however, we can also carry out more specialized studies where the goal is the particular beliefs of particular groups about particular subjects. One of the things which characterize our ‘construction of our picture of the world’ is that it comes into being, particularly in the sciences, through a sharp division of intellectual labour. We should therefore expect considerable variation with regard to the factors influencing e.g. historians’ beliefs that the Holocaust has taken place in comparison with physicists’ belief in Einstein’s theory of relativity. In order to deliver satisfactory explanations of such a broad variety of beliefs we need a flexible empirical epistemology that will be able to change its lenses according to which specific construction of which specific aspect of a picture of the world we are trying to explain.

Recapitulating the conclusions made so far, we thus get the following image of replacement naturalism as an epistemological program: i) it rejects the possibility of providing an *a priori* foundation for human knowledge and for the sciences; ii) it rejects the need to provide such a foundation; iii) instead, it considers knowledge to be an empirical phenomenon; iv) epistemology therefore becomes an empirical discipline engaged in providing an explanation as to how we have actually acquired the beliefs we have; and v) it becomes a multi-disciplinary activity that invokes all those empirical disciplines that may prove relevant in order to provide the desired empirical explanations of the beliefs under scrutiny.

5 ROSS IN THE EMPIRICAL TURN

From this picture gradually emerges an idea of how Ross fits into the whole story. The crucial point is that the basic move made in his realist theory of law amounts precisely to an empirical turn analogous to the one made in modern naturalized epistemology: from considering, in accordance with natural law theories, a particular kind of beliefs (*viz.* judges’ beliefs regarding, for instance, the legal obligations of acceptors in accordance with the Bills of Exchange Act,

section 28, subsection 1) as being in need of a priori *justification*, Ross instead considers these same beliefs to be purely empirical phenomena to be studied and explained as such.

In this sense, Ross's realist jurisprudence in fact becomes a highly specialised subsection of modern naturalized epistemology. It is not engaged in unfolding how human beings generally tend to form beliefs as such. But neither was, as we saw, Kuhn's history and sociology of science. He wrote only about how *physicists* arrive at various theories *in physics*. According to Ross, legal science becomes a sociology of judges – a sociology which is engaged in finding out how precisely Illinois, Californian, common, etc. judges arrive at their particular beliefs regarding Illinois, Californian, common, etc. law. It is engaged, in other words, in exploring that niche within comprehensive empirical epistemology that can be summarised in the question: 'Why not see how this construction [of judges' beliefs regarding Illinois, Californian, common, etc. law] really proceeds?'⁴²

And, as earlier mentioned, the cornerstone of the answer to this question is that the four sources of law (legislation, precedent, custom and the tradition of culture/"reason") jointly constitute 'the aggregate of factors which exercise influence on the judge's formulation of the rule on which he bases his decision'.⁴³

Furthermore, we should notice that Ross's motivation for this change of perspective is also analogues to that of naturalized epistemology: it has simply proven impossible to provide indubitable foundation for norm-expressive beliefs. Natural law is doomed to fail because, as Ross writes, '[t]he ideology does not exist that cannot be defended by an appeal to the law of nature'.⁴⁴ A sentence that comes very close to Quine's motive for parting ways with logical positivism: '[a]ny statement can be held true come what may'.⁴⁵

But there is an even further argument to be made that Ross's jurisprudence can be fitted into the empirical turn. One of the most conspicuous features of naturalized in comparison with traditional epistemology is that it no longer expresses itself in the first person. Descartes' *Metaphysical Meditations* is written in the first person as a personal reflection on his own doubts and despair.⁴⁶ And though the Cartesian project takes a collective turn with logical positivism it continues to be pitched in the first person. It is *our* theories, *our* science that are to be derived from *our* sense data.

Naturalized epistemology, on the other hand, strikes a wholly different tune. Here, characteristically, any identification between the epistemologist and the person whose belief acquisition is under scrutiny is abandoned completely.

42 Cf. Quine (1975: 75).

43 Ross (1958: 77).

44 Ross (1958: 261).

45 Quine (1980 [1951]: 43).

46 Descartes (1996).

Instead, it “anthropologizes” its object by consistently portraying it in the third person – as illustrated in Quine’s words:

It [naturalized epistemology] studies a natural phenomenon, viz., a physical human subject. This human subject is accorded a certain experimentally controlled input /.../ and in the fullness of time the subject delivers as output a description of the three-dimensional world and its history.⁴⁷

Basically the same anthropologizing tendency is conspicuously present when Kuhn and Bloor respectively speaks about how *physicists* and *mathematicians* arrive at *their* theories.

This development is strikingly parallel to the one we have seen Ross propose in jurisprudence. In “the old days” the goal of the philosopher of law was to provide her “own” directive propositions of valid law, of legal rights and duties, with adequate epistemic justification. Epistemologically speaking, the philosopher of law and the legal scientist in general was in the same boat as the judge. But once we take the step to legal realism and introduce the propositional attitude context in order to distance the legal scientist from the problematic norm-expressive propositions, this identification is abandoned. An epistemic wedge is driven right between these actors in the legal field, and hereinafter legal science becomes, as we have seen, a theory about how *judges* (referred to in the third person) believe we should behave – what rights and duties *they* think that we have.

Summarizing the points made so far, we thus have the following reasons to assume that Ross’s realistic theory of law can be fitted into the program of naturalized epistemology. First of all, Ross shares the fundamental empirical premise underlying the project: instead of trying to validate specific beliefs in an *a priori* manner they are consistently regarded as empirical phenomena and, as such, they are provided with an empirical explanation. Secondly, Ross’s motivation for this move is his scepticism regarding the general possibility of providing a satisfactory foundation for these beliefs. And finally, in virtue of this change of perspective Ross starts to express himself consistently in the third person.

A few loose ends remain, however, before it all falls neatly into place. The most immediate challenge is perhaps that Ross clearly beliefs in the Cartesian assumption, i.e. in the need for indubitable foundations. The only problem is that the normative (i.e. norm expressive) propositions cannot meet this strong criterion. But it is precisely this need that is rejected by naturalized epistemology.

On closer consideration, however, it is hard to see how it could possibly become a problem for the predictive theory to abandon the Cartesian assump-

47 Quine (1969: 82–83).

tion in favour of a *lower* threshold of doubt. The study which Ross envisions is clearly feasible if the relevant criterion is now merely ability to produce predominantly successful prediction.⁴⁸

Another worry after coupling Ross and naturalized epistemology is related more to questions of overall structure in the sciences. On a verbatim account, the argument made so far seems to imply that legal science as envisioned by Ross becomes a kind of *epistemology*. But this should only be superficially surprising.

As we have seen, the empirical turn involves a radical change in the way the relationship between epistemology and science is conceived. In the Cartesian tradition the core metaphor is “foundational”. Empirical science is envisioned as being placed on an a priori epistemological foundation. But after the empirical turn this picture is abandoned. Instead, we get a conception of empirical science which, as a whole, simply looks after itself. We have a long range of various disciplines that are busy studying various aspects of empirical reality. And among those, some (so-called epistemologists) have taken it upon themselves to study the creation of all sorts of beliefs within that particular species which is called *Homo sapiens*. And within this part of science a small subsection (so-called legal scientists or jurists) have specialised in the detailed study of how one group of people called (Illinois, Californian, common, etc.) judges arrive at their particular beliefs regarding (Illinois, Californian, common, etc.) law.

As an illustration of this general conception of science, in which Ross thus finds his place, Quine prefers to use the metaphor of Neurath's ship: ‘Wie Schiffer sind wir, die ihr Schiff auf offener See umbauen müssen, ohne es jemals in einem Dock zerlegen und aus besten Bestandteilen neu errichten zu können.’⁴⁹

6 ROSSIAN CHALLENGES

I have so far indicated how a modified version of Ross's legal realism can be fitted into a Quinean version of replacement naturalism. However, the influence is not only unilateral. As it turns out Ross's extremely lucid early analysis of the predicament of legal science can also help clarify current philosophical discussions of naturalized epistemology.

One of the things that have been heavily debated in relation to naturalized epistemology is its relationship with the anti-Sceptical assumption which critics have claimed is more ambivalent and problematic than generally indicated

48 Any impression to the opposite may be due to the so-called selection effect, cf. e.g. Schauer (2009: 137).

49 Neurath (1932: 206).

by Quine and other proponents of the movement. For instance, Hilary Putnam has accused the transition from a prescriptive *a priori* to a descriptive empirical epistemology to amount, ultimately, to an ‘attempted mental suicide’.⁵⁰ As we shall see, Ross’s model for the discussion of the problems related to legal science turns out to provide an ideal model for a reformulation of this objection.

As we have seen, Ross uses an apparently typical normative (i.e. norm *expressive*) proposition of legal science (regarding the legal obligations of acceptors of bills of exchange) as a focal point for his discussion of the epistemological status of legal science. But in order to illustrate the problems allegedly particular to legal science, Ross contrasts, in the Danish version of *On Law and Justice*, this proposition with an equally typical proposition of natural science, viz., the so-called Boyle-Mariotte’s law, which Ross formulates thus: ‘[p]ressure and volume of a given mass of confined gas are inversely proportional’.⁵¹

Ross’s point in introducing this proposition is that it, in contrast to the directive of legal science, appears to have epistemic value as it stands. There is no need to reformulate this proposition as a propositional attitude report in order for it to be valid science. We can, however, use Ross’s contrast of the two propositions and his consequent rewriting of the legal proposition to make an illustrative re-description of the opposition between the Cartesian tradition and modern naturalized epistemology. In the Cartesian tradition the epistemologist is ultimately interested in being able, in good philosophical conscience so to speak, *to personally say* or *to concur with* the proposition that ‘pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.’ It is this interest that is manifested in the fact that Descartes and the logical positivists consistently expressed themselves in the first person. And in this, the situation of the Cartesian epistemologist is in fact wholly parallel to the one in which the natural lawyer finds herself. She is equally interested in being able, in good philosophical conscience, to say or to concur with the proposition that, e.g., ‘the acceptor is bound to /.../ etc.’

But this ideal possibility of being able oneself to express or to concur with particular scientific propositions is no longer the primary goal of naturalized epistemology. Here, the issue is no longer whether particular facts or states of affairs asserted in the sciences are *real* or not. What is at stake is the fact that a certain *person* or *social group* (in this case, physicists) *believes* that ‘pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.’ And it is this empirical phenomenon that we are trying to provide with a satisfying empirical explanation.

But following the Rossian recipe, this implies that we have introduced a propositional attitude context for the proposition which was originally of prime interest to the Cartesian epistemologist. Instead of the proposition: ‘pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.’, we now have the proposi-

50 Putnam (1983: 246).

51 Ross (1953: 15 / 2013: 52; Bindreiter’s translation).

tion: '[p]hysicists believe that pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.' And, as with Ross's propositional attitude reports in legal science, this logically implies that the truth value of the embedded proposition ('pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.') is irrelevant for the truth value of the complex proposition. In other words: the truth value of the scientific proposition becomes irrelevant to the truth value of the epistemological proposition.

Paradoxically, there is therefore an even greater logical distance between the propositions of naturalized epistemology and the propositions of the science which it is studying, than there was, originally, between the propositions of the Cartesian tradition and that same science – a fact which is strikingly at odds with the predominant metaphors applied for the two epistemological traditions in the shape of Neurath's ship and armchair philosophy respectively.

And this observation paves the way for a critical examination of the motivation underlying naturalized epistemology. As we have seen, naturalized epistemology appears to take as its starting point a categorical break with the strong concept of knowledge applied in the Cartesian tradition. This concept of knowledge turned out to be so strong that it led to the sceptical conclusion: knowledge was impossible. And it is this *apparent* insight which legitimises the very idea of a naturalized epistemology.

As we have seen, however, Ross made the exact same move on behalf of legal science. And we know his motivation for making this turn. It did not include any abandonment of the Cartesian concept of knowledge. On the contrary, his motivation included an explicit confirmation of this concept. He introduced the propositional attitude context into legal science precisely in order for the discipline to avoid the problems that confront norm-expressive propositions vis-à-vis (the logical positivist version of) a Cartesian concept of knowledge.

The observation that Quine and other replacement naturalists perform the exact same rephrasing as Ross does, feeds the suspicion that they may in fact be sharing his motives. This suspicion is reinforced by the fact that the naturalists make their move on similar grounds: both Ross and Quine (and others) introduce the propositional attitude context only after they have found out that they cannot provide indubitable foundations for them. This makes it plausible that the naturalized epistemologist may in fact have felt *some* embarrassment over expressing the scientific propositions herself.

This suspicion of a motivational affinity is reinforced further when we take a look at the passages in which Quine reveals what exactly he expects to get out of the empirical study. Thus, in an exemplary passage he writes:

The relation between the *meagre* input and the *torrential* output is a relation we are prompted to study for somewhat the same reasons that always prompted epistemol-

ogy; namely, in order to see how evidence relates to theory, and in what ways *one's theory of nature transcends any available evidence*.⁵²

Formulations like these make it somewhat hard to convince oneself, that Quine's enthusiasm as to the empirical study of knowledge is entirely unconnected with an expectation that it will provide us with a *new* argument for the sceptical conclusion. In the same way that "Two Dogmas" seems to have shown that knowledge is *philosophically* impossible, he appears to expect that handing over the epistemological burden to empirical science will show that knowledge remains impossible, also when described in empirical terms. In other words, Quine seems confident that the evidence/theory account will show a considerable deficit on the side of evidence also when made out in hard empirical currency.

But this is where the comparison with Ross seems to highlight a principled difficulty of the possibility for Quine and for naturalized epistemology generally to arrive at this conclusion in a satisfactory manner. For Ross, the price to be paid in order to secure the possibility of legal science is, as we have seen, the rationality of the judge. In virtue of the introduction of the propositional attitude context any attempt to provide an epistemological foundation for the norm-expressive propositions of judges is abandoned. Copying Putnam's flair for drama, one might say that Ross does not only attempt but in fact carries out a kind of mental "genocide" on the tribe of judges.

Ross can do so because he is convinced that the thrust of his attack strikes solely at an ultimately dispensable province of human knowledge, viz. norm expressive beliefs. The mainland of knowledge, i.e. the territory covered by ordinary descriptive empirical science, would remain unharmed by the attack simply because it consists, semantically speaking, of assertions instead of directives, and the problems brought out concern only directives.

But this serves to make clear what critics believe is the principled problem related to the ultimately analogues move made by replacement naturalism. For contrary to Ross, Quine and those of like mind cannot retreat to a mainland of knowledge from the scientific field which they happen to be investigating. In spite of the introduction of an intentional context this move does not imply a shift from one type of proposition to another (i.e. from directive to assertions). For this reason any dissociation from the enclosed scientific proposition (i.e. 'pressure and volume of a given mass of confined gas /.../ etc.') remains preliminary. Any problems that Quine and others like him expect to find in the science subjected to empirical investigation will apply equally to their own propositions. And it is in this regard Ross can be used to give new sense to the

52 Quine(1969: 83; my emphasis). Cf. also e.g. Quine (1974: 3).

claim that a consistent naturalising of epistemology ultimately amounts to 'at-tempted mental suicide'.

Only time will tell whether this challenge ultimately constitutes a serious problem for Quinean replacement naturalism. But until then, I hope to have established a convincing argument that it is in fact possible to dismount Ross's version of Scandinavian legal realism from its foundations in logical positivism and reinsert it into the naturalistic framework and thus for Ross and Scandinavian legal realism to continue to be in accordance with 'a significant group of modern philosophers and philosophically interested practitioners of other disciplines.'

—**Acknowledgment.**— *This research is funded by the Danish National Research Foundation Grant no. DNRFF105 and conducted under the auspices of the Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts (iCourts). I am grateful to Jeppe von Platz and Martin Vinding and two anonymous reviewers for valuable comments on an earlier draft of this article.*

Bibliography

- Aulis AARNIO, 2011: Legal Realism Reinterpreted. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Ed. Aulis Aarnio. Dordrecht: Springer. 81–94.
- David BLOOR, 1991: *Knowledge and Social Imagery*. 2nd ed. Chicago & London: University of Chicago Press.
- Richard CREATH, 2014: Logical Empiricism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/logical-empiricism/>>.
- D. C. DENNETT, 1988: Out of the Armchair and into the Field. *Poetics Today* 9 (1988) 1.
- Rene DESCARTES, 1996: *Meditations on first philosophy : with selections from the Objections and replies*. Translated by John Cottingham. Revised ed. Ed. & New Introduction by John Cottingham. Cambridge: Cambridge University Press.
- Svein ENG, 2011: Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross. *Ratio Juris* 24 (2011) 2.
- Richard FELDMAN, 2012: Naturalized Epistemology. *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2012 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/epistemology-naturalized/>>.
- Gottlob FREGE, 1994 [1892]: On Sense and Reference. *Basic Topics in the Philosophy of Language*. Ed. Robert M. Harnish. New York: Harvester/WheatSheaf. 142–160.
- H. L. A. HART, 1959: Scandinavian Realism. *The Cambridge Law Journal* 17 (1959) 2. 233–240.
- Jakob v. H. HOLTERMANN, 2006: Ross og erkendelsesteorien. *Alf Ross - kritiske gensyn*. Eds. Jakob v. H. Holtermann & Jesper Ryberg. København: Jurist- og Økonomforbundet. 37–62.
- , 2013: Introduktion. *Om ret og retfærdighed : En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. A. Ross. København: Hans Reitzels Forlag. 9–42.
- , 2015 (forthcoming): Getting Real or Staying Positive - Legal Realism(s), Legal Positivism and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence. *Ratio Juris - An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- Susan HAACK, 2009: *Evidence and Inquiry: A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*. 2nd, expanded ed. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.
- Thomas S. KUHN, 1996: *The Structure of Scientific Revolutions*. 3. ed. Chicago & London: University of Chicago Press.

- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2014: Naturalism in Legal Philosophy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2014 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/lawphil-naturalism/>>.
- Thomas MAUTNER, 2010: Some Myth about Realism. *Ratio Juris* 23 (2010) 3. 411–427.
- Otto NEURATH, 1932: Protokollsätze. *Erkenntnis* 3 (1932) 1. 204–214.
- David PAPINEAU, 2009: Naturalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition). Ed. Edward N. Zalta. URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/naturalism/>>.
- John PASSMORE, 1967: Logical Positivism. *The Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Paul Edwards. New York: Macmillan. 52–57.
- Enrico PATTARO, 2009: From Hägerström to Ross and Hart. *Ratio Juris* 22 (2009) 4. 532–548.
- Hilary PUTNAM, 1983: Why Reason Can't Be Naturalized. *Realism and Reason: Philosophical Papers Volume 3*. ed. Hilary Putnam. Cambridge: Cambridge University Press. 229–247.
- W. V. QUINE, 1969: Epistemology Naturalized. *Ontological Relativity and Other Essays*. Ed. W.V.O. Quine. New York: Columbia University Press. 69–90.
- , 1974: *The Roots of Reference*. La Salle (Ill): Open Court.
- , 1975: The Nature of Natural Knowledge. *Mind and Language: Wolfson College Lectures*. Ed. Samuel Guttenplan. Oxford: Clarendon Press. 67–81.
- , 1980 [1951]: Two Dogmas of Empiricism. *From a Logical Point of View: 9 Logico-Philosophical Essays*. Ed. W.V.O. Quine. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 20–46.
- Alf ROSS, 1936: Den rene Retslæres 25-Aars Jubilæum, Anm. af H. Kelsen: Reine Rechtslehre. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 15 (1936). 304–331.
- , 1953: *Om ret og retfærdighed En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: A. Busck.
- , 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- , 2013: *Om ret og retfærdighed : En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. 2. ed. Ed. & New Introduction by Jakob v. H. Holtermann. København: Hans Reitzels Forlag.
- , 2016 (forthcoming): *On Law and Justice*. Translated by Uta Bindreiter. Rev. ed. Eds. & New Introduction by Jakob v. H. Holtermann & Henrik Palmer Olsen. Oxford: Oxford University Press.
- Frederick SCHAUER, 2009: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Frederick SCHAUER & Virginia J. WISE, 1997: Legal Positivism as Legal Information. *Cornell Law Review* 82 (1997) 5. 1080–1110.
- Torben SPAAK, 2009: Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences. *De lege. Uppsala-Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values*. Ed. Matthias Dahlberg. Uppsala: Iustus förlag. 33–83.

Pierre Brunet*

Le « positivisme » français dans la lumière du Nord

Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française

Si la doctrine française dite classique ne doit rien aux réalistes scandinaves, ces derniers connaissaient ces auteurs et les citaient – généralement pour contester soit leur jusnaturalisme soit leur positivisme. Deux auteurs français retiennent particulièrement l'attention : Duguit et Carré de Malberg. L'un se disait réaliste, au sens sociologique, mais son réalisme n'a que le nom de commun avec celui des auteurs scandinaves. Le second s'est toujours réclamé du positivisme mais curieusement c'est chez lui qu'on peut trouver le plus de proximité avec les réalistes scandinaves.

Mots-clés : empirisme, État, normativisme, norme, positivisme, réalisme, système juridique, validité, Carré de Malberg, Duguit, Hägerström, Kelsen, Olivecrona, Ross

Un tel sujet frise la provocation : il semble en effet que les relations entre la doctrine française et le réalisme scandinave n'ont jamais été tellement plus développées que celles qu'entretenaient, à notre connaissance, Georges W. Bush et Jacques Derrida. Un tel sujet est en réalité un « non-sujet » par excellence. D'autant que, si par « doctrine française » on entend la Grande doctrine, celle des Grands auteurs contenus dans de Gros traités, il faut bien admettre que cette doctrine a toujours été plus préoccupée de normativisme et par la position qu'elle pouvait ou devait occuper vis-à-vis de la Théorie pure de Kelsen. Si, en revanche, par « doctrine française » on entend la cohorte d'auteurs qui animent de leurs écrits les nombreuses publications juridiques que les étudiants s'épuisent à photocopier, on se heurte à une évidence : le terme « doctrine » renvoie à une unité introuvable empiriquement. Si donc, réaliste soi-même, on veut demeurer dans le domaine empirique, il faut poser le problème autrement.

Il serait cependant inutile de se demander si les auteurs français ont connu, ou ne serait-ce que lu, les réalistes scandinaves. On sait d'avance que la réponse sera négative. Mais ont-ils, en leur temps et dans leur coin, avancé des thèses semblables ? On ne peut qu'en douter si l'on s'en tient à ce que disent d'eux les auteurs scandinaves.

* pierre.brunet@u-paris10.fr | Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre, Membre de l'IUF, Directeur du Centre de Théorie et Analyse du Droit (CTAD - UMR CNRS 7074).

En effet, aussi étonnant que cela puisse paraître, les réalistes scandinaves, et plus particulièrement Olivecrona et Ross, connaissaient fort bien la doctrine française.¹ Certes, sans doute n'en suivaient-ils pas toutes les nuances, mais ils avaient une assez bonne idée de ce qui s'écrivait en France à leur époque ; ils lisaient ou du moins étaient capables de citer, peut-être de seconde main mais en tous les cas avec précision, Duguit, Carré de Malberg, Jèze, Scelle, Roubier, Virally ou encore Villey. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un œil, un seul, à l'index *nominum* des ouvrages de Olivecrona et Ross et à leurs notes de bas de page. Loin de se limiter à la doctrine allemande, dont ils sont évidemment imprégnés, ils lisaient les Français et loin de se contenter de les citer pour faire chic, ils en faisaient une lecture critique.

Qu'y trouvaient-ils ? Tout simplement, l'expression de positions qui, sans être originales, reflétaient assez bien les deux courants de pensée qu'ils combattaient : le jusnaturalisme d'abord, le positivisme ensuite. On sait que l'une des préoccupations majeures des scandinaves est de parvenir à justifier l'apport du réalisme à la science du droit : selon eux, la science juridique doit être une science empirique et non plus une science « normative », une science qui se donne pour but la description du droit en vigueur et non son évaluation ou une quelconque participation à son élaboration voire son édicition. Ils le font, en combattant la métaphysique qui mine toutes les théories du droit de leur temps,² en révélant ce que les conceptions classiques du droit doivent à la magie,³ ou encore en montrant ce que le positivisme doit parfois au jusnaturalisme⁴ dans cette façon qu'il a de faire de la volonté de l'État la source unique du droit.

Et comme des médecins généreux de faire profiter l'université française d'un nouveau vaccin, ils y dépistaient là comme ailleurs la maladie combattue. Il reste que, en dépit de ce qu'une lecture rapide peut laisser croire, certains juristes français n'étaient pas aussi gravement atteints et n'avaient pas tant besoin du vaccin récemment découvert. Dans ces conditions, au lieu de se demander quelles relations ont entretenu la doctrine française et les réalistes scandinaves – puisque, à cette question, il n'est qu'une réponse bien connue : aucune – mieux vaut tenter de relire les auteurs français à la lumière des thèses du réalisme scandinave. Pour ce faire, encore faut-il abandonner la figure du médecin pour celui

1 Sans parler de l'influence que l'école sociologique française a exercé en son temps ; sur ce point v. Faralli 1992 ainsi que 2014.

2 Hägerström définissait comme « métaphysique » toute « combinaison de mots dont le statut épistémologique ne saurait être déterminé avec certitude par celui qui le prononce ».

3 On pense évidemment à Hägerström, sur ce point Faralli 1992.

4 Cf. Olivecrona (2000a & 2000b: 173–185). On sait que Alf Ross lui-même prendra un malin plaisir à faire le même reproche à Kelsen en personne : Ross (1961 : 49–93 ; désormais traduit par E. Millard et E. Matzner in Ross (2004a : 149–166)) ; et pour une critique de la critique, Troper (2002 : 43–57). Hägerström n'était pas en reste qui avait consacré de minutieuses analyses à la théorie de l'État de Kelsen, v. Hägerström (1953 : 257 s.). (recension de la *Allgemeine Staatslehre* de 1925 dans laquelle Hägerström évoque largement les *Hautprobleme* de 1911).

de l'observateur aussi désintéressé que faire se peut et se demander si les critiques souvent radicales que les réalistes scandinaves ont pu adresser à la doctrine française étaient justifiées, en ayant pris soin préalablement, de revenir brièvement sur ces critiques auxquelles il est temps de cesser de faire allusion.⁵

1 LA CRITIQUE RÉALISTE DU JUSNATURALISME ET DU POSITIVISME

À les lire, il semble bien que, pour ses défenseurs, le réalisme immunise contre deux maux : l'idéalisme et le « volontarisme ». Le jusnaturalisme souffre essentiellement du premier de ceux-là, le positivisme, quant à lui, est plus gravement atteint car, bien qu'il ne le sache pas, il souffre des deux. C'est donc surtout contre lui que se battent les réalistes.

L'idéalisme affirme qu'il existe un monde spécifique du devoir-être séparé du monde de l'être et dont relève le droit parce qu'il comprend un devoir-être qui n'a rien de commun avec le monde des faits, qu'il ne peut donc être découvert au travers de l'examen des faits mais seulement par une connaissance des valeurs sur lesquelles se fonde le droit.⁶ La connaissance du droit passe dès lors non pas par la description axiologiquement neutre de faits mais par la découverte et donc nécessairement l'évaluation des valeurs qui sont au fondement

5 Avant d'aller plus loin, il convient d'écarter une hypothèse à première vue féconde mais qui, à l'examen, doit être abandonnée, selon laquelle le réalisme juridique tel que le pratiquent et le conçoivent les Scandinaves n'aurait pu « prendre » (comme on le dit d'une sauce ou d'un alliage) parce que, traditionnellement, le milieu intellectuel français a toujours été rétif à l'empirisme. Que ce rejet soit une constante française est assez peu contestable : le kantisme est sorti largement victorieux de la bataille. Mais les réalistes sont-ils à proprement parler empiristes ? Encore faut-il s'entendre sur ce que « empirisme » veut dire. Hägerström critiquait violemment ce qu'il appelait le « pur empirisme ». Si on en croit Cassirer, il considérerait que le pur empirisme, *i.e.*, celui qui considère l'impression sensible comme l'unique racine de la connaissance de la réalité et qui rompt ainsi tous les liens logiques sur lesquels repose le système de corrélations de l'expérience, était contradictoire : parce que Hägerström demeurait kantien et adhérerait au principe selon lequel l'expérience n'est possible que par la représentation d'une liaison nécessaire des perceptions. Ainsi, pour Hägerström, « l'empirisme qui ne voit et ne reconnaît dans l'expérience rien d'autre que ce qui se présente dans les données de la perception sensible » est une simple variante du dogmatisme métaphysique. Et lorsqu'il lui faut justifier son concept de réalité, il rejette aussi bien l'idée que ce concept puisse être fondé *a posteriori* que médiatisé *a priori* : il est immédiat. Or, que veut dire immédiat chez Hägerström, sinon indépendant de l'expérience ? Je cite Hägerström (d'après Cassirer) : « la validité du concept de réalité ne peut pas être considérée comme reposant dans son ensemble sur une connaissance expérimentale particulière parce que cette validité est là en permanence présupposée ». Bien évidemment, cela n'exclut pas un refus, proprement empiriste, de la connaissance *a priori* ni n'est incompatible avec une des premières critiques systématiques des théories éthiques. Cf. Cassirer (1996 : 47 s.). V. aussi le texte de Faralli 2014 et, bien évidemment, Pattaro (1974 : 80 s.) ainsi que Strömholm & Vogel (1975 : 23 s.).

6 Olivecrona (2000a : 120).

du droit. On comprend ainsi, d'une part, que l'idéalisme a partie liée avec le cognitivisme éthique ou juridique : la science du droit sera spécifiquement normative ; d'autre part, que si la philosophie jusnaturaliste classique, parce qu'elle a toujours posé que le droit était un devoir-être, souffre de cet idéalisme et de ce cognitivisme, elle n'est pas seule atteinte ; le mal ronge également le normativisme puisque ce dernier se fonde lui aussi sur l'idée que les normes sont des entités idéales objectivement valides qui ne peuvent être comprises que d'un point de vue interne spécifiquement juridique.⁷

Le « volontarisme » que réfutent les réalistes est celui qui est au fondement même de la théorie anthropomorphique et réifiante de l'État développée par le positivisme anglais puis allemand et qui fait du droit l'expression de la volonté du souverain ou du législateur ou, plus encore, de l'État. Or, les réalistes parviennent à montrer que derrière cette théorie et des usages qu'elle fait de la volonté, du commandement ou de la personnalité juridique, on retrouve l'attitude évaluative et cognitive du jusnaturalisme.

Selon les réalistes, la thèse du positivisme volontariste s'exprime sous trois formes, toutes également métaphysiques et circulaires,⁸ selon lesquelles le droit est l'expression de la volonté du souverain, du peuple ou encore de l'État comme personne juridique.

7 Il suffit de se reporter à la préface par Kelsen de la première édition de sa thèse, v. Kelsen 1911. De ce qu'il considère alors que le « normatif » dépend de la signification objective d'un énoncé, il en déduit que la validité des normes est objective et en vient à affirmer que les propositions qui les décrivent, celles de la science du droit, sont des « propositions normatives » (*Sollsätze*) ou encore des « propositions de droit » (*Rechtssätze*) c'est-à-dire, des propositions descriptives de normes mais néanmoins « normatives » parce que formulées en termes de *Sollen* et non de *Sein*. Sans craindre d'ajouter à la confusion, Kelsen précise que ce *Sollen* est un « *Sollen* descriptif » ce qui, au regard de la logique, est une *contradictio in adjecto*. D'où un dilemme apparemment insoluble car ou bien la science du droit est pure, ses propositions sont descriptives et relèvent du *Sein*, ou bien elles relèvent du *Sollen*, sont prescriptives et la science du droit ne peut prétendre à la pureté. De là découlent toutes les critiques adressées au positivisme de Kelsen ou son quasi-positivisme, à la pureté de sa théorie et à son concept de validité. V. par ex., Nino (2000 : chap. I) ; Guastini (1997 : 551–563 ; 2001 : 102–116). On peut cependant relativiser le paradoxe (apparent) du *Sollen* normatif en privilégiant les derniers textes de Kelsen, ceux postérieurs à 1963, dans lesquels il se rallie clairement à une conception expressive des normes – selon laquelle une norme n'est pas la signification spécifique d'un énoncé mais le résultat ou la signification d'un certain type d'acte (de volonté), de sorte qu'un même énoncé peut, selon l'usage qui en est fait par le locuteur, être une proposition ou une norme – et reconnaît le caractère fictif de la norme fondamentale. Sur tous ces points, v. Alchourrón & Bulygin (1981 : 95–124) et Bulygin (1985 : 145–163) [ces deux textes sont disponibles en espagnol in Alchourrón & Bulygin (1991 : resp. 121 s. & 249 s.)].

8 C'est Hägerström qui fut le premier à se lancer dans une réfutation systématique, v. Hägerström 1953. Ouvrage, dont Olivecrona est à l'origine, rassemble des essais allant de 1916 à 1939. Villey lui consacre un bref compte-rendu : Villey (1956 : 120–121). V. aussi Olivecrona (1971 : chap. 2) ; Pattaro (1974 : 80 s.) et Castignone (1995 : 60 s.).

Ces thèses sont qualifiées de métaphysiques pour deux raisons ; d'abord, parce qu'elles supposent l'existence d'entités non-empiriques : le souverain, le peuple ou l'État en tant que personnes juridiques ne sont que des artifices ou des hypostases ; ensuite parce qu'elles sont contradictoires : en effet, ou bien elles admettent que la « volonté » dont l'expression est attribuée à ces entités ne saurait s'entendre au sens naturel d'une volonté humaine et alors on ne voit pas de raison susceptible de justifier un tel anthropomorphisme, ou bien ces théories reconnaissent que la volonté de ces entités est semblable à la volonté humaine et elles basculent dans une dimension surnaturelle. Il reste que, on l'aura compris, là n'est pas la dimension la plus originale des réalistes qui auraient tout aussi bien pu parler de « fictions » et rejoindre ainsi la cohorte des critiques devenues classiques.

Plus intéressante en revanche est la critique tirée de la circularité de ces thèses. Ainsi, par exemple, font-ils valoir que la thèse, défendue par Bentham et plus tard par Austin, selon laquelle le droit est l'expression de la volonté du souverain dans l'État repose logiquement sur l'idée que l'État est une organisation du pouvoir, or, il n'y a d'organisation qu'à la condition d'admettre l'existence préalable d'un ensemble de règles que les membres de l'organisation se sentent un tant soit peu tenues de suivre. Ces règles, ce sont précisément ce que l'on appelle des règles de droit : concevoir le souverain dans l'État revient donc à présupposer l'existence d'un ordre juridique. Il y a donc bien un vice de circularité : la volonté du souverain n'est du droit que parce que le droit le prévoit et non sa volonté.⁹ C'est de ce même vice que souffrent les autres variantes de la théorie impérativiste, que ce soit celle qui place le peuple à la source du pouvoir ou celle qui y place l'État : alors même qu'elles soutiennent que le peuple ou l'État sont à la source du droit, elles doivent logiquement reconnaître que ni le peuple ni l'État ne peuvent exister indépendamment du droit.

Toutes ces variantes du volontarisme partagent donc la même structure fondamentale : après avoir jeté le droit naturel aux orties, elles ont cru pouvoir affirmer que le droit était le produit de la volonté d'une autorité suprême, mais la question du fondement de cette autorité s'est posée comme pour le bon vieux jusnaturalisme, et la réponse fut identique, sauf qu'à la nature, on a substitué la volonté du peuple, de l'État ou du souverain, soit autant de mystifications et de circularité qu'auparavant, parce qu'aussi bien le jusnaturalisme que le positivisme concevaient le droit comme ayant, par essence, un caractère contraignant, comme étant quelque chose d'obligatoire, comme si, en définitive, ce qui n'était pas obligatoire ne pouvait pas être du droit.¹⁰

9 Olivecrona (1971 : 68). Sur ce point, v. Hart (1982 : chap. IX, not. 224).

10 Ce qui autorise tous les sophismes. Ainsi Olivecrona donne-t-il l'exemple de Jellinek qui aurait défendu l'idée que la force contraignante du droit serait fondée sur le fait que le droit est généralement reconnu comme contraignant, ce qui reviendrait à dire, poursuit Olivecrona,

Le réalisme permet quant à lui de sortir de cette impasse en évitant le « sophisme volontariste ». ¹¹ Pour ce faire, ses partisans proposent de se débarrasser purement et simplement de la question du fondement du droit pour ne conserver que celle de son fonctionnement. Cela se traduit parfois par des images pour le moins parlantes : ainsi, à ceux qui identifient les normes juridiques avec les actes de volonté du « souverain » Olivecrona objecte qu'ils confondent la machine et son inventeur, et rendent dès lors compte non de la machine mais de la volonté de son inventeur. Or, cette machine est plus complexe que ce que les thèses volontaristes ont cherché à montrer : le terme droit ne désigne pas des impératifs émanant d'un Imperator Souverain mais un ensemble d'énoncés prescriptifs. Ces derniers ne correspondent cependant pas à des déclarations de volonté individualisable. Ce sont, pour reprendre Olivecrona, des modèles de comportements exprimés en forme impérative ou, pour Ross, des énoncés du langage prescriptif. ¹²

On aurait tort de n'accorder à une telle démarche que la valeur d'une pirouette rhétorique car, ce faisant, le réalisme entend établir une distinction nette entre deux ordres de questions : les unes purement factuelles ou historiques ; les autres, relevant d'une science juridique au sens propre, à savoir une science portant sur des faits sociaux et non une science normative ayant affaire avec des entités idéales. Aussi n'auront-ils pas besoin de la « norme fondamentale » de Kelsen pour répondre à la question du fondement de la Constitution. En effet, la description du mode de production du droit revient à décrire le fonctionnement d'un système de faits et n'implique pas nécessairement de savoir quel serait le fondement de ce système, pas plus qu'il n'est nécessaire d'expliquer l'origine de l'homme pour décrire le fonctionnement du corps humain. ¹³ Cette dernière analogie apparaît pourtant contestable : si, comme les réalistes le soutiennent, le droit est un fait, il peut bien avoir une origine (causale) et il n'y aurait alors rien de choquant à vouloir décrire cette origine. Elle est néanmoins fort révélatrice de ce que la question de l'origine et celle du fondement, tant en ce qui concerne l'homme qu'en ce qui concerne le droit, ont été bien souvent étroitement liées par les philosophies jusnaturalistes, lesquelles ont toujours posées la question de l'origine de l'homme ou du droit en s'étant fait une idée *a priori* tant de l'homme que du droit, l'un comme un être de raison, l'autre comme des commandements moralement obligatoires. En sorte qu'il faut distinguer trois types de questions : celle de l'origine de la première constitution, qui est une question historique et

que le devoir d'obéir à la loi serait fondé sur le fait de reconnaître l'existence d'un tel devoir. À la décharge de Jellinek, Olivecrona ne cite pas le passage d'où il tire cette affirmation.

11 Olivecrona parle de « voluntaristic fallacy » (1971 : 84).

12 Olivecrona (1947 : 542–557 ; 2000b : 73–98) ; Ross (1958 : 6 s. & 1968 : 82). Ce dernier distingue, comme l'on sait, le droit du droit « en vigueur », expression qui se rapporte à l'ensemble des règles effectivement employées par les juges pour trancher les litiges.

13 Cf. Olivecrona (1942 ; 2000b : 51–72 & 1971 : 96).

concerne donc les historiens, celle du fondement de la Constitution ou plus généralement du droit, qui est une question morale et concerne l'éthique, celle du mode de production du droit, qui ne concerne que la science du droit.

Pour autant, si l'on admet avec les réalistes que le volontarisme se heurte au présupposé logique selon lequel l'État (ou le souverain ou le peuple) n'existe que grâce au droit, donc grâce à cet ensemble d'énoncés, doit-on considérer que les réalistes défendent l'idée que c'est le droit qui fait l'État et non l'État qui fait le droit ? On mesure combien cette question est en réalité étrangère aux réalistes : défendre l'une plutôt que l'autre thèse revient inévitablement à poser une question dans des termes qui ne sont pas les leurs, savoir « quel est le fondement du droit ? » or, cette question concerne au mieux l'histoire au pire la morale.¹⁴

Voilà pour les réalistes. Revenons maintenant à notre question : les auteurs cités tombaient-ils sous le coup des critiques que les réalistes leur adressaient ? Comme le suggère la question, la réponse sera nuancée. Au risque de décevoir, je me bornerai à deux auteurs, Duguit et Carré de Malberg, parce que ce sont eux, bien avant les autres, qui font l'objet des commentaires les plus substantiels.¹⁵

Le paradoxe est que c'est celui qui s'est réclamé d'un « réalisme » sociologisant – au demeurant fort peu scandinave – qui s'est le plus éloigné des thèses réalistes. Tandis que, de l'autre côté, le plus positiviste sinon normativiste, s'en est rapproché.

2 LE POSITIVISME SOCIOLOGIQUE EST UN JUSNATURALISME

Le positivisme sociologique se réclame souvent du « réalisme » : le réalisme dont il est alors question se confond avec l'idée que les faits sociaux sont à l'origine du droit. Cela peut être entendu comme une manière de dire que le droit est un ensemble de faits sociaux et l'on pourrait être tenté d'y retrouver un *leitmotiv* réaliste.¹⁶ Cette affirmation est tout de même à prendre avec des pincettes car l'affirmation selon laquelle « le droit est un ensemble de faits

14 Lorsque Olivecrona prend position en faveur de l'antériorité du droit sur l'État, il précise qu'il se place d'un point de vue historique et reconnait que, d'un point de vue historique, la présence du droit à Athènes ou Rome est moins contestable que celle de l'« État ».

15 Notons ainsi qu'à la fin de son article sur les concepts d'État et d'organes d'État, Alf Ross examine les théories de Jellinek, Carré de Malberg et Kelsen : v. Ross (1996 & 2004b). Olivecrona et Ross s'intéressent d'assez près à la doctrine de Duguit lorsqu'ils se penchent sur la question des droits subjectifs, v. not. Ross (1958 : 186 & 256) ainsi que, Ross (1997 & 2004c). Olivecrona consacre quelques (maigres) développements à Carré de Malberg, v. Olivecrona (1971 : 35).

16 D'où le titre bien connu du maître ouvrage de Olivecrona 1939 mais qui peut prêter à confusion.

sociaux » peut recevoir au moins deux significations comme on voudrait le montrer.

Duguit écrit :

je n'admets comme réel, dans le monde social comme dans le monde physique, que ce que je constate par l'observation directe ; et tout ce que je constate ainsi, je l'admets comme réel. Il n'y a de réel que l'observable et tout l'observable est réel. Tel est le postulat indispensable de toute science.¹⁷

Belle déclaration empiriste, du moins quant aux principes, mais qui n'emporte guère de conséquences et se révèle très équivoque tant que l'on ne connaît pas le moyen par lequel se fait l'observation. Car, dans ces conditions, le droit existe-t-il ? On sait justement que Duguit entendait s'écarter de la théorie pure du droit en contestant la distinction entre le *Sein* et le *Sollen* : « le droit, écrira-t-il, est un ensemble de règles, mais des règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de Sein ».¹⁸ D'où une conclusion plus simple qu'il n'est pas besoin d'être grand clerc pour poser : le droit est un ensemble de faits.

Cela peut, d'une part, signifier que les faits sociaux, les coutumes, les traditions, les mœurs, voire la moralité, sont à l'origine du droit – et c'est une doctrine sociologique ou historique du droit ou des sources du droit dont la fonction est de justifier le rapprochement entre le droit et les mœurs (et des mœurs à la morale, le pas est vite franchi).¹⁹ D'autre part, cela peut vouloir dire que l'étude du droit suppose que l'on étudie le droit comme les autres faits sociaux, à l'aide d'une méthode empirique et non à partir de principes *a priori* : c'est une thèse épistémologique. C'est cette thèse que défendent les scandinaves et que Olivecrona illustre à plusieurs reprises. Cette thèse emporte une conséquence politique *lato sensu* et est pour eux d'une importance extrême puisqu'elle revient à dire qu'une telle étude n'est pas réservée au groupe restreint d'initiés se parant du nom de « légistes ».²⁰

17 Duguit (1921–1925 : 329).

18 Duguit (1927–1930 : 64).

19 Cette ligne de pensée ne rassemble pas qu'une école, celle historique du droit, comme on pourrait intuitivement l'imaginer. Même l'un des plus fins et des plus ironiques critiques de cette dernière – je veux évidemment parler de Hermann Kantorowicz – s'est réclamé de cette thèse, comme par la suite tous les critiques du positivisme se réclamant du « droit libre » ou du « pluralisme ». De Kantorowicz, on ne peut malheureusement rien signaler en langue française, mais son « manifeste », signé Gnaeus Flavius, a été réédité en allemand : Kantorowicz 2002 (il fut traduit en italien par Majetti en 1908 à Milan chez Remo Sandron et cette traduction a été réimprimée en 1988 à Bologne par Arnaldo Forni Ed.). Pour sa présentation critique de Savigny et de l'École historique du droit, v. Kantorowicz (1937 : 326–343).

20 On mesure ainsi ce qui sépare cette thèse de celle de Hobbes (1839–1845). Tandis que ce dernier y défend une thèse éminemment politique (en mettant en scène le légiste ardent défenseur de la common law faite par les juges et que ridiculise le philosophe, partisan de la loi comme expression de la volonté du souverain), les réalistes scandinaves, pour leur part,

Ici une question se pose : cette thèse épistémologique cache-t-elle une doctrine morale tendant à justifier la séparation du droit et de la morale ? Bien sûr que non. Pour le comprendre, il faut à nouveau distinguer : si la doctrine de la séparation du droit et de la morale tend à affirmer que le droit ne doit pas se conformer à la morale, c'est évidemment une thèse prescriptive, et en tant que telle, elle n'apporte aucune connaissance. C'est donc encore autrement que le réalisme avance la thèse de la séparation du droit et de la morale : en tant que *requisit* épistémologique. Il ne s'agit pas de nier que le droit se conforme, le cas échéant, à la morale, mais il s'agit d'étudier le droit indépendamment des préceptes moraux ; en d'autres termes d'admettre comme relevant du « droit » aussi bien les prescriptions des juges conformes aux règles de la moralité que celles qui s'en distinguent.

Aussi banal que soit ce qui vient d'être dit, cela permet de situer l'apport le plus important du réalisme : un apport épistémologique. Le réalisme n'est pas une doctrine du droit mais une doctrine de la connaissance juridique.²¹

Or, à l'évidence, Duguit encourt la critique que Olivecrona adresse à ceux qui confondent la machine avec la volonté de son créateur : que le droit soit un ensemble de règles « nées » de besoins pratiques ne transforme pas le droit en un fait, pas plus que l'obligation biblique de n'avoir qu'un seul Dieu ne saurait être assimilée à la loi de la gravitation sur le seul fondement de ce qu'elle permet la cohésion sociale et répond ainsi à un besoin pratique.

Pour dire que le droit est un fait, Olivecrona n'a pas besoin de l'origine pratique des règles juridiques : il lui suffit de décortiquer le processus intellectuel qui est à l'œuvre dans la production de la signification normative chez les individus. D'où, chez lui, le recours à la psychologie (pour des raisons elles aussi historiques évidentes qui ont à voir avec un certain goût pour la nouveauté ou la mode). Mais Duguit ne fait pas de psychologie, il veut faire de la sociologie, comme Auguste Comte. Et le voilà qui en vient à défendre deux idées pour le moins contradictoires.

Première idée, que l'on peut considérer comme la part critique : l'État n'est pas une personne ni non plus la personnification d'une collectivité mais « le groupe d'hommes qui, en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres ».²² Duguit retrouve son « réalisme » qui lui fait rejeter les mystifications allemandes et autres constructions prussiennes au profit des faits car, écrit-il, en dehors des faits tout n'est que fiction. Donc, si l'on s'en tient aux faits, il n'y a pas une personne État mais seulement des individus ; il n'y a pas de droits subjectifs mais seulement des pouvoirs ; il n'y a pas de volonté collective mais

défendent une thèse d'abord épistémologique en vue de distinguer aussi radicalement que possible l'étude du droit de sa production.

21 Ce point est très clairement établi par Hernández Marin (1982 : 193–273).

22 Duguit (1901 : 18).

seulement des volontés individuelles, etc. Quelle traversée des apparences ! Mais si l'État est le groupe des plus forts, comment distinguer l'État de la bande de voleurs ?

C'est alors que vient la seconde idée, celle d'une « coïncidence absolue » entre l'individuel et le collectif :

il n'y a pas et il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'État, l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, il y a une coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels /.../ plus la société se fortifie plus l'homme s'individualise.²³

Il faudrait donc admettre cette coïncidence absolue comme le résultat d'une observation de la nature humaine – ce qui laisse songeur sur l'uniformité de cette même nature. Or, qu'importerait de constater l'existence factuelle de cette coïncidence si cela revenait à reconnaître dans le même temps que ce fait n'a pas de « signification » ?

La conclusion qui s'impose est donc simple : l'État est ce groupe d'hommes matériellement les plus forts mais il n'y a rien à craindre de cette force puisque, leurs intérêts coïncidant absolument et en permanence avec ceux des faibles, cette force sera toujours juste. Remarquons que, contrairement à son apparence grammaticale, cette conclusion n'est pas factuelle, elle est normative : elle repose non sur des faits mais sur l'idée qu'il faut préserver cette coïncidence prétendument factuelle entre l'intérêt de tous et celui de chacun, parce qu'en définitive, il faut préserver les plus faibles. Or, une conclusion tout aussi normative mais exactement inverse était possible : il faut faire cesser cette coïncidence absolue et permanente.

La démarche de Duguit est en réalité assez banale et rappelle la tentative ancienne de justifier l'État par un exposé savant sur la nature humaine. Tout le reste en découle. Tant sa thèse selon laquelle l'État, entendu au sens du groupe d'individus matériellement les plus forts, est limité par la règle de droit, que celle selon laquelle le droit est une limite de la force procèdent d'un présupposé normatif, à savoir que l'on ne doit pas séparer les deux sphères, celle individuelle et celle collective. On en veut pour preuve ce qu'il dit du fondement de la règle de droit. Duguit a beau jeu de marteler que cette règle de droit est une règle de fait, qu'elle trouve sa première expression dans la conscience des hommes, qu'elle est fondée sur la coïncidence des buts sociaux et individuels, car, de ce qu'elle est, pourquoi doit-on la suivre ? Duguit explique qu'elle dit à l'homme « Fais cela parce que cela est ».²⁴ Or, de deux choses l'une : ou bien cela est, et je n'y peux rien, ou je dois le faire mais non parce que cela est : mais parce que cela doit être.

23 Duguit (1901 : 10).

24 Duguit (1901 : 15).

On l'aura compris, cette thèse repose bien tout entière sur un sophisme naturaliste. Or, d'un fait, on ne peut inférer aucune norme : un fait est un fait et les jugements de valeur que l'on peut porter sur lui sont aussi nombreux que les individus eux-mêmes. Duguit se veut certes ancré dans les faits mais les faits sont choisis à l'aune de valeurs qui lui sont propres. Ainsi cette règle de droit qu'il érige comme étalon de mesure de la volonté des organes de l'État n'est rien d'autre qu'une règle de justice supra humaine, indépendante de toute volonté et dont l'objectivité lui viendrait de ce qu'elle est un fait. Le positivisme sociologique de Duguit n'est rien d'autre qu'un cognitivisme.

À dire vrai, on aurait pu s'épargner cette fastidieuse démonstration en se contentant de citer Olivecrona ou Ross : l'un comme l'autre n'ont jamais accordé tellement d'importance aux déclarations pro-positivistes du maître bordelais, et pour cause.

Duguit semble donc inguérissable et le remède réaliste n'y peut mais. D'autres, au contraire, apparaissent moins gravement atteints.

3 LE POSITIVISME DE CARRÉ DE MALBERG ET LA QUESTION DE L'ÉTAT : DEUX LECTURES

S'il est un auteur français qu'aiment à citer les réalistes scandinaves, c'est bien Carré de Malberg. Ce dernier apparaît comme le père du positivisme juridique, entendez, ce positivisme étatique que Hägerström, puis Olivecrona et Ross ont pris plaisir à stigmatiser pour les hypostases dans lesquels il se perd. Carré de Malberg étant aisément identifiable comme « grand positiviste étatique », il semble devoir tomber sous le coup de la critique des réalistes scandinaves contre le positivisme étatique. Et pourtant ... ce n'est pas si simple.

On trouve en effet chez Carré de Malberg de multiples déclarations empiristes et positivistes : la science juridique, dit-il, doit partir « non de conceptions rationnelles ou *a priori* mais des données positives fournies par le droit public en vigueur ».²⁵ C'est pourquoi, il examinera « les diverses formations politiques auxquelles l'usage s'est établi de donner le nom d'État » et exposera alors la théorie classique des trois éléments de l'État. Comment ne pas identifier ici une démarche que nous connaissons ? Elle se fonde sur l'usage, sur les données positives, elle est donc bel et bien empirique, elle est précisément celle revendiquée par les réalistes.²⁶ Mais ces déclarations d'intention ne sont pas toujours confirmées et deux lectures sont possibles.

25 Carré de Malberg (2004 : t. 1, 1-2 note 1).

26 On pense à Ross et notamment aux premières lignes de son article : Ross 2004b.

3.1 Carré de Malberg et la tentation métaphysique

Cette tentation est principalement celle de ses récents interprètes qui insistent sur l'importance prise, dans son analyse du droit, par les « principes » : Carré de Malberg consacrerait, selon cette lecture, l'essentiel de son analyse moins « au droit comme ensemble de règles posées selon des procédures prévues par une constitution en vigueur » qu'à des « principes dont la valeur de vérité est indépendante de la positivité ».²⁷ De ces principes, qui sont principalement au nombre de deux, celui de la souveraineté nationale d'un côté, celui de la souveraineté monarchique de l'autre, non seulement Carré de Malberg fait découler une théorie de l'État, de la représentation, de la loi, etc. mais en outre, il établit une hiérarchie entre eux, au profit, évidemment, du premier : la souveraineté nationale, consacrée par la Révolution française, aurait une valeur supérieure à celui de la souveraineté monarchique. Ainsi, en définitive, la démarche de Carré de Malberg serait-elle « fondamentalement prescriptive »²⁸ parce que son approche serait d'abord et avant tout essentialiste : il chercherait à atteindre l'essence de l'État et non à rendre compte de son existence.

Des manifestations de cet essentialisme ne sont certainement pas difficiles à trouver, il suffit de se reporter à ce qu'il dit, au début de la *Contribution*, des doctrines classiques de l'État. Ces dernières, on le sait, définissaient l'État comme la réunion de trois éléments : un peuple, un territoire et un gouvernement (un pouvoir). Or, selon Carré de Malberg :

Ces doctrines reposent sur une confusion. En effet, le territoire, l'agglomération des habitants vivant en commun, l'organisation elle-même de la collectivité et la puissance publique qui en dérive, ne sont que des conditions de la formation de l'État : ces divers facteurs combinés vont bien avoir l'État pour résultante, mais l'État ne se confond avec aucun d'eux. *Une telle confusion n'aurait point été commise, si l'on avait su s'élever de l'observation des éléments de fait de l'État à une notion tirée des éléments de droit qui déterminent son essence juridique.* Il semble incontestable que ce sont ces éléments de droit qui doivent prédominer dans la définition juridique de l'État. Or, au point de vue juridique, l'essence propre de toute communauté étatique consiste d'abord en ceci que, malgré la pluralité de ses membres et malgré les changements qui s'opèrent parmi eux, elle se trouve ramenée à l'unité par le fait de son organisation /.../ Tel est le *fait juridique capital* dont la science du droit doit tenir compte, et elle ne peut en tenir compte qu'en reconnaissant dès lors à l'État, expression de la collectivité unifiée, une individualité globale distincte de celle de ses membres particuliers et transitoires, c'est-à-dire en définissant l'État une personne juridique.²⁹

27 Maulin (1997 : 568 & 2003 : 335) ainsi que Maulin 2002 ; v. aussi Beaud (1994 : 1251–1301 not. 1296 s.) où la souveraineté nationale est tenue pour l'expression d'un « idéalisme » et Beaud (1997 : 219–254).

28 Maulin (1997 : 569).

29 Carré de Malberg (2004 : t. 1, 8–9) je souligne.

Décrire le droit, c'est donc non pas décrire des faits mais des essences et comment saisir ces dernières sinon à travers des conceptions *a priori* ? Et si ces essences ne peuvent être saisies qu'au travers de conceptions *a priori*, à quoi servent les données du droit positif ?

On peut, de même, se demander si Carré de Malberg est fidèle à son positivisme lorsqu'il écrit que « la science juridique n'a pas seulement pour objet de constater les faits générateurs du droit, mais elle a pour tâche principale de *définir les relations juridiques qui découlent de ces faits* ». ³⁰ Une telle affirmation laisse sceptique pour deux raisons. D'une part, ce qui est désigné par l'expression « relations juridiques » est loin d'être clair : s'agira-t-il de normes ou de faits et s'il s'agissait de normes, faudrait-il considérer que ces normes découleraient de faits ? D'autre part, l'idée que la science doive « définir » des relations juridiques ne brille pas davantage par sa clarté : du point de vue positiviste, la science n'a pas à définir quoi que ce soit, il lui revient seulement de décrire, de connaître.

Enfin, comment ne pas relever cette extraordinaire contradiction qui lui fait soutenir, d'une part, que

le droit proprement dit ne peut se concevoir que dans l'État une fois formé ; et par suite, il est vain de rechercher le fondement ou la genèse juridiques de l'État. L'État, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit ³¹

et d'autre part,

l'État ne doit pas être envisagé comme une personne réelle, mais seulement comme une personne juridique, ou plutôt l'État n'apparaît comme une personne qu'à partir du moment où on le contemple sous son aspect juridique. ³²

À l'évidence, ce n'est pas simple, et pourtant une autre lecture demeure possible.

3.2 Carré de Malberg réaliste ?

Tout tient dans cette analyse qu'il livre de l'ordre naturel des choses entre État et unité de l'État. On sait qu'il affirme haut et fort que l'État est une unité de personnes et de temps. ³³ Mais d'où lui vient cette unité ? De ce qu'il est une personne ? Non, dit-il, de ce qu'il a des organes. Qu'est-ce que cela signifie ? Pour le comprendre, il faut revenir un temps en arrière. Bien que positiviste, Carré de Malberg ne croit pas plus que les réalistes scandinaves à l'idée que l'État soit

30 Carré de Malberg (2004 : t. 1, 8) *ibid.*

31 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 490).

32 Carré de Malberg (2004 : t. 1, 27). Sur cette contradiction v. Pfersmann (1997 : 295–324, not. 314 s).

33 « D'une manière générale, le fait capital que le juriste est tenu d'interpréter et de traduire en langage juridique, touchant la nature juridique de l'État, c'est – comme l'a montré Jellinek – son unité », Carré de Malberg (2004 : t. 1, 30).

une « personne » s'il faut entendre par là ce qu'en disait, par exemple, Esmein. Ce dernier écrivait :

L'État est la personnification juridique de la nation /.../ l'État, sujet de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques, qui veuillent et agissent pour lui.³⁴

On reconnaîtra sans mal ici la thèse classique de la personnalité juridique de l'État et qui sert à fonder l'autre thèse, critiquée par les réalistes pour sa redondance, selon laquelle le droit est l'expression de la volonté de cette personne.

Or, à l'adresse d'Esmein, Carré de Malberg écrit :

Cette façon de raisonner renverse l'ordre naturel des choses. Il n'est pas exact de dire que l'État a besoin d'organes parce qu'il est une personne, mais la vérité est qu'il est une personne en raison de ce qu'il est une collectivité *organisée*. Logiquement, la notion d'organes précède celle d'État.³⁵

Carré de Malberg revient à plusieurs reprises sur cette idée contre d'éménents représentants de la doctrine française de l'époque. Il y revient d'autant plus souvent qu'elle seule permet de saisir la différence à laquelle lui-même tient entre, par exemple, le représentant et l'organe. Et cette différence est capitale au regard de la théorie de l'État.

Cette distinction procède, initialement, d'un problème très complexe que l'on peut tenter de formuler en termes simples : comment parvenir à l'unité d'action et de volonté d'une collectivité d'individus ou encore, en style métaphysique, comment faire de l'un avec du multiple ? À cette question – sans aucun doute la première de la théorie de l'État parce qu'elle contient toutes les autres –, il existe au moins deux réponses possibles. L'une, fortement imprégnée de métaphysique et qui dominait la pensée médiévale, consiste à dire qu'un tout étant nécessairement supérieur à ses parties, le groupe l'emporte sur l'individu, la communauté sur la singularité : la volonté de cette collectivité est donc affaire de connaissance de ce qui unit chacun au tout.³⁶ C'est cette conception

34 Esmein (1906 : 4).

35 Carré de Malberg (2004 : t. 1, 62, n. 9), souligné par Carré de Malberg. De même, il s'appuie sur ce propos de Jellinek : « L'État ne peut exister que par ses organes ; si, par la pensée, on séparait de lui ses organes, il ne subsisterait pas une personne État, apparaissant tout au moins comme *Träger* [porteur] de ses organes, mais il ne resterait juridiquement que le néant » : Carré de Malberg (2004 : t. 2, 289).

36 Ce n'est pas ici le lieu de montrer combien la doctrine de Rousseau doit à cette thèse. Il reste que, si comme on ne le sait que trop, la loi est chez lui l'expression de la « volonté » générale, cette volonté est celle d'un corps moral dont l'existence même n'est possible ou pensable qu'à la condition d'avoir préalablement admis une unité des individus comparable à l'unité du monde, du cosmos auraient dit les Grecs : « Il n'y a pas un être dans l'univers qu'on ne puisse, à quelque égard, regarder comme le centre commun de tous les autres, autour duquel ils sont tous ordonnés, en sorte qu'ils sont tous réciproquement fins et moyens les uns relativement aux autres. /.../ Ceux qui nient l'unité d'intention qui se manifeste dans les rapports de toutes les parties de ce grand tout ont beau couvrir leur galimatias d'abstractions, de coordinations,

qui justifiera longtemps l'existence de la règle de l'unanimité au sein des divers ordres lorsqu'il s'agit de prendre des décisions ou de nommer des dirigeants et l'existence de cette règle manifeste clairement que l'auteur de la décision qui sera prise n'est pas une somme d'individus mais une totalité qui les dépasse, de sorte que, si l'unanimité n'est pas obtenue, la décision n'existe pas. L'autre réponse, plus clairement nominaliste, tend à considérer que cette unité n'est pas affaire de connaissance mais de volonté : la volonté de l'un (ou de quelques-uns) à laquelle se soumettront tous les autres, soit qu'ils y seront contraints, soit qu'ils y seront habitués, soit encore qu'ils l'auront acceptée pour quelque raison. Si la modernité se caractérise par son refus de la métaphysique, cette dernière n'a jamais tout à fait disparu et certains théoriciens de l'État ont continué de défendre une conception de la formation de la volonté des personnes collectives qui lui doit beaucoup. D'où la distinction entre la représentation et l'organe : pour les uns, qui penchent du côté de la métaphysique, si une collectivité a toujours besoin de représentants, il demeure que ces derniers le sont parce qu'ils sont investis d'un mandat, parce que, pour le dire autrement, ils ne sont que des délégués d'une collectivité qui leur préexiste. C'est, par exemple, ce que soutenait Duguit, pour qui les députés étaient des représentants de la nation parce que cette dernière les avait investis d'un mandat par l'intermédiaire de ses circonscriptions électorales. À l'opposé se tient Carré de Malberg, qui rejette cette thèse en expliquant :

L'erreur de cette construction, proposée d'ailleurs par beaucoup d'autres publicistes, provient de ce que l'on raisonne sur la personnalité de la nation *en se plaçant antérieurement à la constitution de ses organes*.³⁷

comme si la collectivité, ici la nation, pouvait exprimer une volonté, une unité, indépendamment de ses organes. Il rejoint alors une conception, très ancienne, qui a toujours refusé de concevoir les êtres collectifs comme des êtres naturels.³⁸ Or, poursuit-il

de principes généraux, de termes emblématiques ; quoi qu'ils fassent, il m'est impossible de concevoir un système d'êtres si constamment ordonnés que je ne conçoive une intelligence qui l'ordonne /.../ Je crois donc que le monde est gouverné par une volonté puissante et sage ; je le vois, ou plutôt le sens, et cela m'importe à savoir » : Rousseau (1996 : 67–68).

37 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 213–214, n. 12). Nous soulignons. Remarquons au passage l'allusion aux « nombreux publicistes ».

38 On peut, au moins, remonter à Hobbes et comprendre ainsi le fameux passage du chapitre XVI du *Léviathan* (1651) : « Une multitude d'hommes devient *une seule* personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou une seule personne, de telle sorte que cela se fasse avec le consentement de chaque individu singulier de cette multitude. Car c'est l'*unité* de celui qui représente, non l'*unité* du représenté, qui rend *une* la personne. Et c'est celui qui représente qui assume la personnalité, et il n'en assume qu'une seule. On ne saurait concevoir l'unité dans une multitude, sous une autre forme ». Mais cette thèse était déjà contenue en germe dans son traité *De la nature humaine* (1640) où il y définissait ce qu'il entendait par *consentement* : « si les volontés de plusieurs concourent à la même action, l'on nomme *consentement* ce concours de volontés, par où nous ne devons pas entendre une même volonté de plusieurs hommes, car chaque homme a sa volonté particulière, mais plusieurs volontés produisant le

en réalité, les personnes collectives n'ont point de volonté propre : les décisions prises par l'organe reposent sur un acte de volonté personnelle de celui-ci.³⁹

Et cela change tout : les personnes collectives ne peuvent avoir de volonté que grâce à un artifice parce qu'elles ne sont pas des êtres naturels naturellement dotés de la faculté de vouloir et qui pourraient, le cas échéant, déléguer cette volonté à d'autres.

Mais cette opposition entre représentation et organe traduit également une opposition entre deux conceptions de l'État ou encore deux conceptions du droit. Si en effet l'on conçoit que la collectivité puisse préexister à ses représentants, cela signifie que l'on pense l'État comme une donnée naturelle au même titre que les êtres physiques : parler de la « personnalité » de l'État ce n'est finalement plus désigner une propriété purement juridique mais une essence. Dire ensuite que le droit est la volonté de l'État, revient donc à soutenir que le droit se confond avec le monde des faits et il devient impossible de faire la différence entre ce qui est et ce qui doit être. À l'inverse, refuser de concevoir la volonté des personnes collectives comme une donnée réelle mais ne l'admettre que comme un artifice, c'est quitter le monde des essences pour celui de l'existence : l'État n'est plus une personne de laquelle émanerait une volonté qui s'abattrait telle la force divine sur les hommes mais c'est le nom que l'on donne à un ensemble d'organes ou d'autorités, bref d'individus investis du pouvoir de poser des normes. Si donc, en définitive, on prend Carré de Malberg au sérieux, si l'on admet qu'il propose une analyse logique, l'État cesse d'être une personne dotée d'une volonté qui préexisterait au droit : il n'y a de personne État que parce que l'on reconnaît qu'il y a une « organisation ».

On doit maintenant revenir sur les premières citations relatives aux doctrines classiques de l'État et qui paraissaient si métaphysiques ou du moins contradictoires. Rappelons que Carré de Malberg soutenait que ces doctrines reposaient sur une confusion entre des éléments de faits et des éléments de droit qui déterminent l'« essence juridique » de l'État. Il ajoutait :

il semble incontestable que ce sont ces éléments de droit qui doivent prédominer dans la définition juridique de l'État

et concluait qu'il n'y a d'unité de l'État que parce qu'il y a une organisation. Or, cela n'implique pas nécessairement, comme on a pu l'envisager dans un premier temps, que Carré de Malberg confonde le fait et le droit mais, au contraire, qu'il cherche à établir entre eux une discrimination forte, comme d'autres entre deux types de questions, celles historiques et celles juridiques. Il ne s'agit pas cependant seulement d'analogie : lorsque Carré de Malberg parle de « fait ju-

même effet » (*De la nature humaine*, chap. XII §7) et par *union* : « Lorsque plusieurs volontés sont renfermées dans la volonté d'une personne ou de plusieurs qui consentent /.../ cette conclusion de plusieurs volontés en une ou plusieurs se nomme *union* » (*Ibid.*, chap. XII §8).

39 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 306).

ridique capital », on ne peut douter que ce fait, explicitement qualifié de « juridique » n'a rien à voir avec un autre type de fait, « historique » celui-là. À cet égard, on ne peut contester que Carré de Malberg ait cherché à distinguer entre deux types de questions :

à l'origine de l'État, il n'y a de place que pour du fait, et non pour du droit. Tout ce que peut faire le juriste, c'est de constater que l'État se trouve formé à partir du moment où la collectivité nationale, fixée sur un certain territoire, possède, en fait, des organes exprimant sa volonté, établissant son ordre juridique et imposant supérieurement sa puissance de commandement. Quant à rechercher par quel *processus* juridique ces organes primitifs ont été constitués, non seulement ce n'est pas là le problème capital de la science du droit public, mais ce n'est pas même pas du tout un problème juridique. La doctrine qui prétend, en remontant le cours successif des Constitutions, finir par découvrir la source juridique de l'État, repose sur une erreur complète. La source de l'État, c'est du fait : à ce fait se rattache ultérieurement le droit.⁴⁰

En affirmant que la source de l'État est un pur fait, Carré de Malberg se refuse à chercher un « fondement » juridique à l'État et prend ce dernier pour ce qu'il est : le résultat d'une organisation. Pour autant, cela ne revient pas à dire que l'État « est » un fait. Ce sont bien deux questions qu'il faut distinguer : la source de l'État d'un côté, sa « nature juridique » de l'autre :

S'il n'existe pas de droit antérieur à l'État, en sens inverse il est de l'essence même de l'État une fois né de posséder un ordre juridique, et notamment un ordre juridique destiné à régler éventuellement la réfection de son organisation.⁴¹

Dans ces conditions, Carré de Malberg échappe aux critiques des réalistes scandinaves, mieux, il défend la même thèse. En effet, lorsque Olivecrona par exemple se demande « ce qu'est l'État », il ne répond pas autre chose :

L'État n'est pas une entité supra humaine. Le mot est utilisé pour désigner une organisation d'un genre spécifique⁴²

à savoir qu'elle dispose d'un territoire et du monopole de la force sur ce territoire. Alf Ross, de son côté, se méfiera toujours d'une telle question, en refusant une formulation en termes d'essence : fidèle à sa démarche empiriste, il se demandera non ce qu'« est » l'État mais, admettant que l'État « n'est » rien, ce que l'on a l'habitude de désigner par ce nom. Et que trouve-t-il, sinon que justement ce que l'on désigne habituellement de ce nom ce sont des actes réalisés par des individus qui agissent comme « organes » de l'État, c'est-à-dire que l'on impute à cette entité les actes de ces individus. Au fond, ce qui rapproche Carré de Malberg des réalistes tient dans ce qu'il refuse, comme l'on sait, de considérer

40 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 492) ; v. aussi, Carré de Malberg (2004 : t. 1, 62) : « la naissance de l'État n'est pour elle [la science juridique] qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique » ; v. encore : Carré de Malberg (1933 : 167) : « à l'origine, l'organisation étatique a été de fait avant de devenir de droit ».

41 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 493).

42 Olivecrona (1971 : 271) (notre traduction).

l'État comme un système de normes pour le voir comme « un systèmes d'organes », c'est-à-dire, comme

la résultante d'une organisation par l'effet unifiant de laquelle la collectivité de ses membres se trouve ramenée à l'unité.⁴³

Et pourtant, il est encore un dernier point qui semble infirmer cette lecture réaliste de Carré de Malberg : ce dernier n'a jamais fait mystère d'une définition impérativiste du droit dans laquelle, ce qui domine, est bel et bien l'idée que le droit est produit par l'État et uniquement par lui :

le droit, au sens propre du mot, n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible⁴⁴

ce qui revient à dire, logiquement parlant, que c'est bien l'État qui pose le droit. Il enfonce le clou une dernière fois :

les règles de droit n'ont commencé à être créées qu'à la suite de cette organisation primitive d'où allait descendre tout l'ordre juridique ultérieur. C'est ce qui a fait dire que le droit, au sens positif du terme, présuppose l'État et l'organisation étatique.⁴⁵

De leur côté, les réalistes ne soutiennent évidemment pas une telle position. Non qu'ils défendent l'inverse, ce serait mal les comprendre, mais parce qu'ils ont très tôt reconnu la relation de réciprocité qu'entretiennent le droit et l'État. S'il est, selon eux, incontestable que le droit d'un État moderne se définit par sa relation à l'État, il est tout aussi évident que ce n'est pas l'État qui pose le droit (comme on l'aurait dit, à l'époque, d'un père de famille pour les règles qui gouvernent son foyer), il le présuppose : l'organisation qu'est l'État ne peut exister indépendamment du droit et de son observation.⁴⁶ Doit-on se résoudre à jeter l'éponge avec laquelle on a tenté de gommer de si aveuglantes différences ? Qu'il nous soit encore permis une distinction entre les deux présupposés : en effet, tandis que le présupposé dont parlent les réalistes est d'ordre historique, celui dont parle Carré de Malberg est d'ordre juridique. Si nul ne peut contester que l'État moderne s'est fondé sur le droit – au point justement d'en obtenir le monopole –, on ne peut logiquement contester que le droit positif ne puisse se définir autrement que par l'hypothèse de l'État, c'est-à-dire d'une organisation caractérisée par l'unité. Même les réalistes scandinaves sont contraints de le reconnaître : les énoncés prescriptifs qu'ils retiennent dans leur définition du droit présupposent, pour leur existence même, c'est-à-dire leur validité, celle de l'État.

43 Carré de Malberg (1933 : 167). Reconnaissons qu'en matière de style Carré de Malberg n'a parfois rien à envier à une certaine doctrine allemande.

44 Carré de Malberg (2004 : t. 2, 490).

45 Carré de Malberg 1933. *Eod. Loc.*

46 Olivecrona (1971 : 271) : « But the State does not exist independently of the law. It presupposes the law : without law and law observance there is no State » ; v. aussi Ross (1958 : 56–58).

Cela étant, même si l'on nous concédait ce point, on devrait reconnaître une différence de taille entre le concept de « droit » de Carré de Malberg et celui de ses critiques réalistes. On ne peut en effet nier que la réfutation de la position positiviste-étatiste à laquelle ces derniers s'emploient cherche à atteindre, par-dessus tout, l'idée qu'ils tiennent pour naïve d'un droit qui serait un ensemble de commandements émanant du souverain, un ensemble de déclarations de volonté comme si la seule volonté d'un homme portant le titre de souverain pouvait à elle seule emporter la soumission des individus. On sait combien la thèse d'Olivecrona relative aux « commandements autonomes » (« *independent imperatives* ») et celle de Ross relative aux « directives » doivent à cette critique de la « *will-theory* »⁴⁷ : la loi, par elle-même, n'est pas obligatoire et ne l'est pas davantage en vertu de la volonté du souverain, elle ne l'est pas non plus parce qu'elle serait imputable à l'État ou exprimerait la puissance de ses organes, comme s'évertue à l'expliquer Carré de Malberg. Pour eux, la loi n'est « obligatoire » qu'en vertu de facteurs psychologiques qui créent des croyances et des habitudes de comportement chez les individus. D'où l'exemple fort bien trouvé du feu rouge chez Olivecrona : soit un feu de circulation dans un fossé, aucun automobiliste ne pensera à s'arrêter ni même ne se demandera si ce feu a une « signification juridique ». Le même feu installé à un carrefour et justement allumé au rouge conduira maints automobilistes à s'arrêter et ce, alors même qu'aucun piéton ne s'apprête à traverser.

À cet égard, la force de subversion et l'originalité de la doctrine réaliste n'est pas sans rappeler ce que David Hume lui-même expliquait dans son essai sur le contrat originel : on aurait tort de fonder l'obligation d'allégeance envers le souverain originel sur une quelconque obligation absolue de tenir nos promesses souscrite dans un contrat également originel car, si l'on se demande en vertu de quoi nous sommes tenus à tenir nos promesses, il n'y aura d'autre réponse que celle circulaire selon laquelle nous devons allégeance à notre souverain. Or, répondait Hume, pour échapper à la circularité, la seule réponse possible à la question de savoir pourquoi nous devons tenir nos promesses est que cela est utile à la société. D'où il suit que notre devoir d'allégeance au souverain n'est fondé sur rien d'autre que notre sentiment que c'est utile à la société :

L'obligation d'allégeance ayant même force et même autorité que l'obligation de fidélité, nous ne gagnons rien à ramener l'une à l'autre. Les intérêts ou besoins généraux de la société suffisent à les établir toutes deux. Si l'on demande la raison de cette obéissance que nous sommes tenus d'observer envers le gouvernement, je réponds sans ambages que c'est *parce que la société ne pourrait subsister sans cela* ; et cette réponse est claire et intelligible pour tout le monde. Votre réponse est : *c'est parce que nous devons tenir*

47 Ainsi qu'à la théorie des normes sur la production de normes et que Hart a appelé « normes secondaires ». On nous pardonnera de ne pas développer ce point pour le moins essentiel car dans sa définition du droit Carré de Malberg ne prend manifestement pas la mesure de ces règles de changement que les réalistes avaient perçues bien plus tôt.

parole. Mais outre le fait que personne, à moins qu'il n'ait été formé à un système philosophique, ne peut ni comprendre ni goûter cette réponse, outre ce fait, dis-je, vous serez vous-même bien embarrassé si l'on demande : *pourquoi sommes-nous tenus à tenir parole* ? Car vous ne pourriez fournir d'autre réponse que celle qui eût immédiatement et sans détour rendu compte de notre devoir d'allégeance.⁴⁸

On notera que, de ce point de vue, Hume apparaît plus moderne encore que les réalistes scandinaves car il prenait grand soin de distinguer entre deux types de devoirs moraux⁴⁹ qui ne sont pas si éloignés que cela des facteurs psychologiques fort prisés de Hägerström, Lundstedt ou Olivecrona⁵⁰ – Ross, quant à lui, a toujours pris ses distances vis-à-vis d'un tel psychologisme. Et reconnaissons que ce n'est pas le moindre des mérites des réalistes scandinaves que de nous permettre de comprendre que ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la « normativité » n'est « rien sinon une histoire mentale que les hommes se racontent et à laquelle ils finissent par croire.⁵¹

On touche là encore à une autre différence radicale qui sépare définitivement Carré de Malberg des réalistes et qui tient à l'idée qu'ils se faisaient de la science du droit. Tandis que, selon eux, cette dernière devait prendre place parmi toutes les autres sciences sociales, selon Carré de Malberg – comme Kelsen à cet égard, mais sans même l'intérêt que ce dernier a éprouvé pour les recherches freudiennes⁵² – cette science du droit devait demeurer spécifique ce qui l'a conduit à se recroqueviller sur les données du droit positif français soit, en forçant à peine le trait, la Constitution de 1791 et celle de 1875.

48 Hume (1993 : 188–208, not. 201–203). (Les italiques sont de Hume).

49 Hume (1993 : 201) : « L'ensemble des devoirs moraux peut être divisé en deux espèces. À la première appartiennent ceux auxquels les hommes sont poussés par un instinct naturel ou un penchant immédiat, qui agit sur eux indépendamment de toute idée d'obligation et de toute considération d'utilité publique ou privée. De ce genre sont l'amour des enfants, la gratitude envers les bienfaiteurs, la pitié pour les malheureux. /.../ Les devoirs moraux de la deuxième espèce sont ceux qui ne sont soutenus par aucun instinct naturel originaire *et dont on s'acquitte uniquement par un sentiment d'obligation, qui apparaît lorsque nous considérons les nécessités de la société humaine et l'impossibilité qu'elle se maintienne si ces devoirs étaient négligés* » (Je souligne).

50 Et que l'on peut rapprocher, avec Pattaro, de l'influence de Meinong : Pattaro 1974.

51 Sur le caractère purement mental du devoir et le caractère contradictoire de la connaissance pratique, v. Ross 1933 ; Bobbio a rendu compte de ce livre en son temps et de façon assez critique : Bobbio (1937 : n°1, 73–75) (désormais disponible sur l'Internet : <http://www.erasmo.it/gobetti/> – je ne remercie jamais assez Éric Maulin pour cette adresse), repris in Tarantino (1984 : 257–260).

52 Kelsen (1922–1923 : 261–284 ; 1988a : 135–164 ; 1927 : 135–141 ; 1988b : 167–173).

Bibliographie

- Carlos Eduardo ALCHOURRON & Eugenio BULYGIN, 1981 : *The Expressive Conception of Norms. New Essays in Deontic Logic*. Ed. Risto Hilpinen. Dordrecht-Boston-Londres : Reidel. 95–124. [En espagnol in : Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.]
- , 1991 : *Análisis lógico y Derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.
- Olivier BEAUD, 1994 : La souveraineté dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg. *RDP* (1994) 5. 1251–1301.
- , 1997 : Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle. *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg : La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*. Ed. Olivier Beaud & Patrick Wachsmann. 219–254.
- Norberto BOBBIO, 1937 : *Compte-rendu de Ross, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis : Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft* (1933). Leipzig : Felix Meiner. In : *Giornale critico della filosofia italiana* XVIII (1937) 1. 73–75. Désormais disponible sur Internet : <http://www.erasmo.it/gobetti/>.
- Eugenio BULYGIN, 1985 : Norms and Logic : Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms. *Law and Philosophy* 4 (1985). 145–163. [En espagnol in : Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales.]
- Raymond CARRE DE MALBERG, 1933 : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*. Paris : Sirey.
- , 2004 : *Contribution à la Théorie générale de l'État. Spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Paris : Sirey (1920–1922). Réédition présentée par Éric Maulin. Paris : Dalloz.
- Ernst CASSIRER, 1996 : *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude sur la philosophie suédoise contemporaine* (1939). Trad. fçse par Jean Carro & Joël Gaubert. Paris : Cerf.
- Silvana CASTIGNONE, 1995 : *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*. Turin : Giappichelli.
- Léon DUGUIT, 1901 : *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris : Fontemoing.
- , 1921–1925 : *Traité de droit constitutionnel*. Vol. 1 (2^e éd.). Paris : de Boccard.
- , 1927–1930 : *Traité de droit constitutionnel*. Vol. 1 (3^e éd.). Paris : de Boccard.
- Adhémar ESMEIN, 1906 : *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (4^e éd.). Paris : Sirey.
- Carla FARALLI, 1992 : *Diritto e Magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico* (1987). Bologne : CLUEB (coll. FID).
- , 2014 : *Le droit comme fait*. Trad. par Pierre Brunet. *Revus* (2014) 24.
- Riccardo GUASTINI, 1997 : Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique. *Revue de métaphysique et de morale* (1997) 4. 551–563.
- , 2001 : “Sollsätze”. An Exercise of Hard Legal Positivism. *The Legal-Ought*. Ed. Pierluigi Chiassoni. Turin : Giappichelli. 102–116.
- Axel HÄGERSTRÖM, 1953 : Kelsen's Theory of Law and State (1925). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Trad. angl. C. D. Broad, avec une introduction de Karl Olivecrona. Stockholm : Almqvist & Wiksell.
- Herbert Lionel Adolphus HART, 1982 : *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford : Clarendon Press.
- Rafael HERNANDEZ MARIN, 1982 : *Diritto e scienza. Saggio su A. Ross. Contributi al realismo giuridico*. Ed. Enrico Pattaro. Milan : Giuffrè. 193–273.
- Thomas HOBBS, 1839–1845 : A dialogue between a philosopher & a student of the common laws of England (1681). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmsbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart*. Vol. 6. London : Bohn. URL : <http://oll.libertyfund.org/titles/770>.
- 1971 : *Léviathan* (1651). Trad. fçse par François. Tricaud. Paris : Sirey.
- , 1997 : *De la nature humaine* (1640). Trad. fçse par le baron d'Holbach [1772]. Rééd. Arles : Actes Sud (coll. Babel).
- David HUME, 1993 : *Du contrat originel* (1752). *Discours politiques*. Trad. fçse par Fabien Grandjean. Mauvezin : TER. 188–208.
- Hermann KANTOROWICZ, 1937 : Savigny and the Historical School of Law. *Law Quarterly Review* 53 (1937). 326–343.
- , 2002 : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906). Baden-Baden : Nomos.
- Hans Kelsen, 1911 : *Hauptprobleme der Staatslehre*. Tübingen : J.C.B. Mohr.
- , 1988a : *Gott und Staat. Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*. Bd. 11

- (1922-1923). 261-284. Trad. ital. Agostino Carrino, *Dio e Stato*. In : Hans Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*. Ed. Agostino Carrino. Naples : ESI. 135-164.
- , 1988b : *Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse* (1927). *Almanach für das Jahr 1927*. Wien : Internationaler Psychoanalytischer Verlag. 135-141. Trad. ital. Agostino Carrino, *Il concetto di Stato e la psicoanalisi*. In : Hans Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*. Ed. Agostino Carrino. Naples : ESI. 167-173.
- Eric MAULIN, 2002 : Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française. *Annales Historiques de la Révolution Française* (2002) 328. URL : <http://ahrf.revues.org/583>.
- , 1997 : *La théorie de l'État de Carré de Malberg*. Thèse (2 vol.). Paris II.
- , 2003 : *La théorie de l'État de Carré de Malberg*. Paris : PUF (coll. Léviathan).
- Carlos Santiago NINO, 2000 : Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* (1978) 64. Repris in : *La validez del derecho*. Buenos Aires : Astrea (1985 ; 2000). Chap. I.
- Karl OLIVECRONA, 1939 : *Law as Fact*. 1^{ère} éd. Copenhague-Londres : Munksgaard-Milford.
- , 1942 : L'imperativo della legge (« Lagens Imperativ »), Lund. (trad. ital. F. Cordero, Olivecrona 2000b : 51-72).
- , 1947 : *Law as Fact. Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*. Ed. Paul Sayre. New York : Oxford University Press. 542-557. (trad. ital. in Olivecrona 2000b : 73-98)
- , 1971 : *Law as Fact*. 2^e éd. Londres : Stevens & Sons.
- , 2000a : Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy. *New York University Law Review* (1951). Trad. ital. V. Ottonelli (Olivecrona 2000b).
- , 2000b : *La realtà del diritto. Antologia di scritti*. Ed. Silvana Castignone, Carla Faralli & Mariangela Ripoli. Turin : Giappichelli.
- Enrico PATTARO, 1974 : *Il realismo giuridico scandinavo. I : Axel Hägerström*. Bologne : CLUEB.
- Otto PFERSMANN, 1997 : Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes ». *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg : La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*. Ed. Olivier Beaud & Patrick Wachsmann. 295-324.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, 1996 : *Profession de foi du vicaire savoyard*. Présentation par Bruno Bernardi. Paris : GF.
- Alf ROSS, 1933 : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer kritik der Rechtswissenschaft*. Leipzig : Felix Meiner.
- , 1958 : *On Law and Justice* (1953). Trad. angl. par Margaret Dutton. Londres : Stevens & Sons.
- , 1961 : Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law. *Revista Juridica de Buenos Aires IV* (1961). 49-93.
- , 1968 : *Directives and Norms*. Londres : Routledge & Kegan Paul.
- , 1996 : Sur les concepts d'État et d'organes d'État. Trad. fçse par Pierre Brunet. *Droits* (1996) 23. 131-144.
- , 1997 : La délégation de pouvoir. Trad. fçse par Pierre Brunet. *Droits* (1997) 25. 99-119.
- , 2004a : La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le Droit naturel. Trad. frçse par Eric Millard et Elsa Matzner. In : *Introduction à l'Empirisme juridique*. Paris : LGDJ (Coll. La pensée juridique). 149-166.
- , 2004b : Sur les concepts d'État et d'organes d'État en droit constitutionnel. Trad. frçse par Pierre Brunet et Eric Millard. In : *Introduction à l'Empirisme juridique*. Paris : LGDJ (Coll. La pensée juridique). 167-182.
- , 2004c : La délégation de pouvoir. Trad. fçse par Pierre Brunet. *Droits* (1997) 25. 99-119. Trad. frçse par Pierre Brunet et Eric Millard. In : *Introduction à l'Empirisme juridique*. Paris : LGDJ (Coll. La pensée juridique). 127-148.
- Stig STRÖMHÖLM & Hans Heinrich VOGEL, 1975 : *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*. Préf. de Michel Villey. Paris : LGDJ.
- Antonio TARANTINO (Ed.), 1984 : *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross. Atti delle giornate di studio su Alf Ross*. (Lecce 14-15 maggio 1981). Milan : Giuffrè.
- Michel TROPER, 2002 : Ross, Kelsen et la validité. *Droit & Société* (2002) 50. 43-57.
- Michel VILLEY, 1956 : Axel Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals. *Revue historique de droit français et étranger* (1956). 120-121.

Synopsis

Alf Ross

Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit Compte rendu de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934)

SLO. | *Ob 25-letnici čiste teorije prava*. Ta zapis iz leta 1936 (tukaj prvič objavljenem v francoskem jeziku) je nastal ob izidu prve izdaje Kelsnove *Čiste teorije prava*. Ross v njem izkoristi priložnost, da izpostavi dolg moderne pravne teorije do normativizma, obenem pa tudi globoke pojmovne razlike, ki v pozitivističnem taboru delijo Kelsnovo idealno pojmovanje norm in empiristični program skandinavskega realizma, izhajajoč iz Hägerströma. Napisano v času pred velikimi Rossovim razpravami, ki bodo zaznamovale prehod v logični pozitivizem, je pričujoče besedilo pomembno za razumevanje razprave med realizmom in normativizmom.

Ključne besede: pravni realizem, normativizem, veljavnost, empirizem

ENG. | *The 25th Anniversary of Pure Theory of Law*. In this text from 1936 – thus far unpublished in French – the Danish legal theorist Alf Ross reflects upon the release of the first edition of Hans Kelsen's *Pure Theory of Law*. He takes this opportunity to highlight what the modern legal theory owes to normativism, but also the profound conceptual differences in the positivism camp between Kelsen's ideal conception of norms and the empiricist program adopted by the Scandinavian realists following Hägerström's views. Written prior to the major writings of Ross that will mark a turning point towards logical positivism, this text is important for understanding the Realist-Normativist debate.

Keywords: legal realism, normativism, validity, empirism

Summary: 1. Introduction. — 1.1. *A Monument?* — 1.2. *What is Meant by The Purity of Law?* — 2. The Demand for Purity Against All Elements of Natural Sciences, i.e. Against Psychology and Sociology. — 2.1. *Does the Law Consist of Propositions?* — 2.2. *The Basic Norm is the Weakest Point.* — 2.3. *Do the Propositions of Law have Meaning?* — 2.4. *The Law is the Juridical Phenomenon.* — 2.5. *Doctrinal Exposition is Not Science.* — 2.6. *Legal Science is a Doctrine of the Human.* — 2.7. *Kelsen Defends Doctrinal Exposition.* — 2.8. *What Would Kelsen's Pure Legal Science Look Like?* — 3. The Idea of Purity vis-à-vis Political Ideology. — 3.1. *Science and Politics.* — 3.2. *A Colossus With Feet of Clay.* — Supplement. — *Does the Law Consist of Propositions.*

Alf Ross (1899–1979) was a Danish legal philosopher and professor emeritus at the University of Copenhagen.

Synopsis

Henrik Palmer Olsen

Ross ou la validité comme pratique sociale efficace

Commentaire de Alf Ross, Le 25^{ème} anniversaire de la théorie pure du droit

Henrik Palmer Olsen is Professor of Jurisprudence at the University of Copenhagen, Denmark. | Address: University of Copenhagen, 'Forskningsområdet', 'Forskningscenterområdet - fordelingssted', Studiestræde 6, Room 02-1-16, 1455 1455 Copenhagen, Denmark. E-mail: hpo@jur.ku.dk.

*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.

*Synopsis***Henrik Palmer Olsen****Prédiction et interprétation du droit**

SLOV. | *Napovedovanje in razlaganje prava*. Pri teoriji napovedovanja gre za enega najpomembnejših (in najbolj obravnavanih) elementov Rossove teorije pravne znanosti. V tem članku avtor skuša pokazati, da je teorija napovedovanja neskladna z Rossovimi teoretičnimi temelji, posebno z njegovo teorijo pravnih virov ter s teorijo razlaganja. Teorijo napovedovanja je zato treba razumeti kot poskus, da se normativno veljavnost zvede na dejstva, kar pa spodleti zaradi nezmožnosti pravno raziskovanje opremiti z za to potrebnimi pojmovnimi orodji.

Ključne besede: predvidevanje, pravna znanost, empirični redukcionizem, skandinavski realizem, teorija razlaganja, teorija pravnih virov

ENG. | *Prediction and Interpretation of Law*. The theory of prognosis is one of the most important (and of the most discussed) element of Alf Ross's theory of legal science. This paper aims to show that this theory of prognosis is incompatible with the very theoretical grounds that Ross adopted, and mainly with his theory of legal sources and interpretation. It must be understood as an attempt to reduce normative validity to facts, that failed because of its inability to equip legal research with its necessary conceptual tools.

Keywords: prognosis, legal science, empirical reductionism, Scandinavian realism, theory of interpretation, theory of legal sources

Summary: 1. The Theory of Legal Sources and Interpretation. — 2. The Theory of Prognosis. — 3. The Theory of Prognosis and Pragmatic Considerations.

Henrik Palmer Olsen is Professor of Jurisprudence at the University of Copenhagen, Denmark. | Address: University of Copenhagen, 'Forskningsområdet', 'Forskningscenterområdet - fordelingssted', Studiestræde 6, Room 02-1-16, 1455 1455 Copenhagen, Denmark. E-mail: hpo@jur.ku.dk.

Synopsis

Eric Millard

Réalisme scandinave, Réalisme américain

Un essai de caractérisation

SLOV. | *Skandinavski realizem, ameriški realizem. Poskus opredelitve.* Pojem »realizem« se v filozofiji prava nanaša na neko splošno držo, vendar ostaja ohlapen. K vzpostavitvi temeljev modernega realizma sta dejansko prispevali dve precej različni, čeprav skorajda sodobni šoli mišljenja: to sta šoli ameriškega in skandinavskega realizma. Namen te razprave je podati posamično in primerjalno opredelitev značilnosti teh dveh šol. Avtor ob tem izpostavi okoliščine njenega nastanka, njun pojmovni inventar in pojmovanji realizma oziroma empiricizma, posebej pa ovrednoti tudi posledice njenega sprejema.

Cljučne besede: pravni realizem, empiricizem, redukcionizem, epistemologija, pravna analiza

ENG. | *Scandinavian Realism, American Realism. An Essay of Characterisation.* The term "realism" in legal philosophy refers to a general attitude, but remains vague. In fact, two schools of thought, quite different, but nearly contemporary, contributed to establish the basis for modern realism: the American Realism and the Scandinavian Realism. This paper aims to characterize these two schools, in isolation and comparatively, taking into account the context of their arising, their conceptualizations, their conception of realism or empiricism, and evaluating the consequences of their acceptance.

Keywords: legal realism, empiricism, reductionism, epistemology, legal analysis

Summary: 1. Notions of Realism – 2. Contexts of Arising – 3. Reductionism and Its Implications – 4. Consequences of Acceptance.

Eric Millard is Professor at the University of Paris Ouest Nanterre La Défense. *Centre de Théorie et Analyse du Droit* (CTAD - UMR CNRS 7074). Address : Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, bureau 407, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. E-mail: eric.millard@u-paris10.fr.

*Synopsis***Riccardo Guastini****Les juges créent-ils du droit ?**

Les idées de Alf Ross

SLOV. | *Ali sodniki ustvarjajo pravo? Razmišljanja Alfa Rossa.* Kot vsi pravni realisti tudi Ross trdi, da sodniki ustvarjajo pravo. Vseeno pa bi morala natančna analiza te teze poudariti, da priključuje mnoge različne pomene – ne le to: najverjetneje se zaradi Rossove pojmovne zmedenosti noben od njih ne bo izkazal kot povsem prepričljiv.

Ključne besede: realizem, sodno pravotvorje, Gray, Kelsen, Holmes, veljavno pravo, vplivno pravo, razlaganje, pravna izjava, pomen, neizrecno pravilo, izrecno pravilo

ENG. | *Do Judges Create Law? The Ideas of Alf Ross.* As all legal realists do, also Ross argues that judges create law. However, a scrupulous analysis of such a thesis should emphasize that it recovers many different meanings and more than that, none, is likely to be completely convincing because of Ross' conceptual confusion.

Keywords: realism, judicial creation, Gray, Kelsen, Holmes, valid law, law in force, interpretation, legal statement, meaning, implicit rule, explicit rule

Summary: 1. Judges Create Law: In What Sense ? — 2. Three Theses of the Young Ross. — 3. The Thesis of the Mature Ross. — 4. Some Final Remarks.

Riccardo Guastini is a Professor of Law at the University of Genoa and Director of the Tarello Institute for Legal Philosophy. | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi, 30 - 16126 Genova, Italy. E-mail: guastini@unige.it

Synopsis

Guillaume Tusseau

La théorie des normes de compétence d'Alf Ross

SLOV. | *Teorija pristojnostnih norm Alfa Rossa*. Alf Ross je želel izoblikovati »pristno« realistično teorijo prava. To pomeni, da naj bi bila ta sposobna po eni strani razrešiti probleme, s katerimi sta se soočali tako Kelsnova normativistična teorija kot teorija ameriških realstov, po drugi strani pa poustvariti njihove razprave na znanstveni način. Rossova izvirnost tiči v njegovem pojmu pristojnostnih (ali kompetenčnih) norm, ki jih je pred vsemi drugimi (vključno s Searlom) obravnaval kot »konstitutivna pravila«. V nasprotju s trditvami mnogih komentatorjev takšen pojem konstitutivnih norm ni neskladen z Rossovo realistično teorijo prava. V luči njegovih zgodnjih zapisov je mogoče kompetenčne norme razumeti kot racionalizacije, ki lahko izrazijo nagnjenost naslovnikov norm, da določena dejstva prepoznajo kot pravo. Zato je mogoče Rossa šteti za prehodnika postpozitivizma.

Ključne besede: veljavnost, predpisi, moč, konstitutivna pravila, urejevalna pravila, empirizem, realizem, postpozitivizem

ENG. | *Rossian Theory of Norms of Competence*. Alf Ross wanted his legal theory to be a "genuinely" realist one, i.e. capable, firstly, to dissolve some problems of both Kelsen's normativist theory and the American realist theory and, secondly, to reconstruct their discourses in a scientific way. The originality of his attempt lies in his concept of norms of competence which he analyses, before others (and including Searle) as "constitutive rules". Contrary to what many commentators claimed, such a concept of constitutive norm does not contradict his realist theory. In the light of his first writings, norms of competence can be considered as rationalizations able to express the predisposition of the addressees of norms to recognize certain special facts as law. Consequently, Ross can be seen as a precursor of postpositivism.

Keywords: validity, prescriptions, force, constitutive rules, regulative rules, empirism, realism, postpositivism

Summary: 1. The Dualism in Ross' Theory of Competence Norms. — 1.1. *The Thesis of Indirect Prescriptions*. — 1.1.1. *A Reductionist Approach of Legal Concepts*. — 2. The Ambiguities of Ross' Reductionism. — 2.1. *The Thesis of Competence Norms as Constitutive Rules*. — 2.1.1. *The Distinction Between Regulative Rules and Constitutive Rules*. — 2.1.2. *The Competence Norms as Constitutive Rules*. — 2. Some Doubts About Ross' Theory of Competence Norms. — 2.1. *Reconciling the Two Theses About the Competence Norms*. — 2.1.1. *Past Interpretations*. — 2.1.2. *A New Hypothesis*. — 2.2. *The Success of the Theory of Competence Norms Inside Ross' Realistic Jurisprudence*. — 2.1.1. *Looking For a Third Way Between Normativism And American Realism*. — 2.1.2. *Back to the Scandinavian Sources of Ross' Legal Realism*.

Guillaume Tusseau is a Professor of public law at Sciences-Po and junior member of the Institut Universitaire de France (IUF) | Address: École de Droit. Sciences Po. 13 rue de l'Université. 75007 Paris, France. E-mail: guillaume.tusseau@sciences-po.org.

Synopsis

Jakob v. H. Holtermann

Naturaliser le réalisme juridique d'Alf Ross

Une reconstruction philosophique

SLO. | *Pravni realizem Alfa Rossa in naturalizem. Filozofska rekonstrukcija.* Članek naslavlja pomemben izziv skandinavskemu realizmu, ki izhaja iz razširjenega stališča, da temeljna filozofska izhodišča, na katerih to gibanje sloni, niso več sprejemljiva. Avtor se osredotoči na Rossovo različico skandinavskega realizma, ki je bila pogosto v središču različnih kritik, in trdi, da je z ustrezno *filozofsko rekonstrukcijo* ta teorija sposobna preživeti padec logičnega pozitivizma. Ob tem trdi, da je mogoče Rossovo realistično pravno teorijo praktično nedotaknjeno odvezati njenih zavez logičnemu pozitivizmu ter jo vdeliti v alternativen, *naturalistični* filozofski program, ki je trenutno v filozofiji precej močno zastopan. V ta namen se avtor posluži ozkega Quineovega pojmovanja naturalizma – poznanega tudi kot *nadomestni naturalizem* – ki se sicer razlikuje od širšega vključujočega pojmovanja drugih pravoslovcev a hkrati pušča filozofsko krizo skandinavskega realizma nerazrešeno.

Ključne besede: Alf Ross, skandinavski realizem, naturalizirana epistemologija, naturaliziranje pravoslovja, logični pozitivizem, W.V.O. Quine

ENG. | This article addresses a pertinent challenge to Scandinavian realism which follows from the widespread perception that the fundamental philosophical premises on which the movement relies, are no longer tenable. Focusing on Alf Ross's version of Scandinavian realism which has often been at the centre of critical attention, the author argues that Ross's theory can survive the fall of logical positivism through an exercise of *philosophical reconstruction*. More specifically, he claims that it is possible to dismount Ross's realist legal theory almost intact from its commitments to logical positivism and embed it into an alternative *naturalist* philosophical program that is currently very strong in contemporary philosophy. In so doing, the author applies a narrow Quinean conception of naturalism, also known as *replacement naturalism*, which differs from a broader inclusive conception which has been applied by other scholars in the field but which leaves the philosophical crisis of Scandinavian realism unsolved.

Keywords: Alf Ross, Scandinavian realism, naturalized epistemology, naturalizing jurisprudence, logical positivism, W.V.O. Quine

Summary: 1. Introduction: A Life for Scandinavian Realism after Logical Positivism? — 2. A Realist Legal Science à la Logical Positivism. — 3. Replacement Naturalism: The History of a Failure and the Empirical Turn in Epistemology. — 4. A Few Details. — 5. Ross in the Empirical Turn. — 6. Rossian Challenges.

Jakob v. H. Holtermann is Associate Professor of Jurisprudence at the University of Copenhagen, Denmark. | Address: Centre of Excellence for International Courts (iCourts), Faculty of Law, University of Copenhagen, Studiestræde 6, DK-1455 Copenhagen K. Email: jvhh@jur.ku.dk.

Synopsis

Pierre Brunet

Le « positivisme » français dans la lumière du Nord

Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française

SLO. | *Francoski »pozitivizem« v severni luči: skandinavski pravni realizem in francoska doktrina.* Medtem ko klasični francoski preučevalci prava ne dolgujejo ničesar skandinavskim pravnim realistom, so slednji prve poznali in se nanje tudi sklicevali – večinoma ob kritiki njihove pripadnosti bodisi naravnopravništvu ali pa pravnemu pozitivizmu. Dva francoska avtorja sta bila obravnavana še posebej pogosto. To sta Duguit in Carré de Malberg. Prvi se je imel za »sociološkega realista«, a je njegov realizem daleč od skandinavskega pravnega realizma. Drugi se je štel za pravnega pozitivista, so pa zato nekatere njegove osrednje trditve vsaj na videz zelo blizu skandinavskim realistom.

Ključne besede: empirizem, norma, normativizem, pozitivizem, pravni realizem, pravni sistem, država, veljavnost, Carré de Malberg, Duguit, Hägerström, Kelsen, Olivecrona, Ross

ENG. | *French “positivism” in the light from the North. The Scandinavian legal realism and French legal scholarship.* While French classical legal scholars do not owe anything to Scandinavian realists, the latter knew the former and quoted them – mostly to criticise their adherence either to natural law or to legal positivism. Two French authors received particular attention: Duguit and Carré de Malberg. The former proclaimed himself a “sociological realist”, though his realism is very far from the Scandinavian legal realism. On the other hand, Carré de Malberg considered himself a legal positivist but some of his main thesis may appear fairly close to the Scandinavian realists.

Keywords: empiricism, norm, normativism, positivism, legal realism, legal system, State, validity, Carré de Malberg, Duguit, Hägerström, Kelsen, Olivecrona, Ross

Summary: 1. The Realist's critique of natural law and positivism. — 2. Sociological positivism is a form of natural law. — 3. Carré de Malberg's positivism and the question of State: two interpretations. — 3.1. *The metaphysical Carré de Malberg.* — 3.2. *Carré de Malberg as a legal realist?*

Pierre Brunet is a Professor of law at the University of Paris Ouest Nanterre La Défense, junior member of the Institut Universitaire de France (IUF) and Director of the UMR CNRS 7074, *Centre de Théorie et Analyse du Droit*. | Address: Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Bâtiment F, bureau 404, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex, France. E-mail: pierre.brunet@u-paris10.fr