

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.

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.