



HAL
open science

Deux lectures critiques d'Alf Ross

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Deux lectures critiques d'Alf Ross. O. Jouanjan. Théories réalistes du droit., 4, Presses universitaires de Strasbourg, pp.9-14, 2000, Annales de la faculté de droit de Strasbourg. halshs-00126299

HAL Id: halshs-00126299

<https://shs.hal.science/halshs-00126299>

Submitted on 24 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Deux lectures critiques d'Alf Ross

Le tournant des années cinquante et des années soixante représente une époque particulièrement fertile pour la théorie juridique. Trois ouvrages paraissent, qui vont contribuer à formaliser, peut-être aussi à figer, nombre d'interrogations théoriques en matière juridique — pour un temps long, dont il n'est pas sûr que nous soyons sortis. C'est Ross qui publie d'abord *On Law and Justice* en 1958¹. Kelsen réédite sa *Théorie pure du droit* en 1960². *Le concept de droit* de Hart sort enfin en 1961³. Un dialogue, entamé bien plus tôt — Ross notamment avait travaillé avec Kelsen avant de s'en éloigner dans les années vingt et trente —, reprend, que l'on peut parfois qualifier de dialogue de sourds, tant les positions sont tranchées.

Si les trois auteurs s'inscrivent en effet délibérément dans une optique que l'on peut qualifier, en prenant ces mots dans un sens très large, de positiviste et/ou d'analytique, leurs conceptions diffèrent fortement. La conception réaliste de Ross — un réalisme anti-idéaliste et non pas un réalisme platonicien, donc à proprement parler d'abord un empirisme⁴ — le conduit à privilégier un phénomène juridique existant, et partant pouvant être décrit dans un discours susceptible de vérité (la science du droit). Il trouve d'une manière empirique ce phénomène dans des faits sociaux et psychologiques, des faits réels, parmi lesquels le fait que les individus composant la société croient qu'il existe des normes juridiques, des devoirs posés et des autorités investies par ces normes, joue un rôle essentiel. Il se dissocie ainsi aussi bien de Kelsen que de Hart. Les ouvrages de ces derniers entreprendront bien sûr une critique accentuée des thèses de Ross. Cette critique a été menée ailleurs, plus tôt, dans une présentation directe par Kelsen d'une part, par Hart d'autre part, d'*On Law and Justice*. Il nous a semblé intéressant de proposer et de rapprocher ces deux textes⁵.

Pour l'essentiel, le désaccord entre Kelsen et Ross porte sur deux points : le concept de droit objet de la science du droit et la prescription de ce que doit être cette science (la méta-science ou théorie du droit). Les deux choses sont évidemment liées, mais se cristallisent sur deux idées avancées par Ross : la validité d'une norme juridique n'est rien d'autre que son existence (concept de droit) et la science juridique doit consister dans des propositions descriptives de ces normes, vérifiables par leur application effective par des autorités juridiques. Hart, sans partager toutes les idées de Kelsen, ne souscrit pas néanmoins à cette conception.

Ross assimile la validité à l'existence pour deux raisons : l'une est théorique et devrait seule être en débat ; la seconde est linguistique et a largement contribué à (mal) poser ce débat⁶.

La raison théorique est que pour Ross, empiriquement (donc d'une manière scientifique), on ne peut que constater qu'une norme existe. Parler dès lors de validité d'une norme (sauf pour signifier dans un sens technique qu'elle n'est pas nulle) peut soit signifier : (1) que l'on entend par validité la simple existence de la norme, c'est-à-dire sa réalité, le fait qu'elle est en vigueur, ou qu'elle est appliquée effectivement : une qualité empiriquement vérifiable qui n'est pas inhérente à la norme ; ou

1 Alf ROSS, *ON LAW AND JUSTICE*, Stevens & Sons, Londres 1958. C'est une traduction anglaise en fait de l'édition danoise de 1953, qui pour des raisons d'accès n'avait été jusque là que peu discutée dans la littérature internationale.

2 H. Kelsen, *THÉORIE PURE DU DROIT*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1999 (trad. Ch. Eisenmann).

3 H.L.A. Hart, *LE CONCEPT DE DROIT*, LGDJ, 1976 (trad. M. van de Kerchove).

4 E. MILLARD, *Le Réalisme in D. Alland e S. Rials (Dir.) DICTIONNAIRE DE LA CULTURE JURIDIQUE*, à paraître, PUF.

5 Ross avait pour sa part déjà consacré un texte à une critique de Kelsen : *Compte rendu de l'ouvrage de Hans Kelsen WHAT IS JUSTICE ?*, CALIFORNIA LAW REVIEW, vol. 45, 1957, pp. 564-570 ; et fera un *Compte rendu de l'ouvrage de H.L.A. Hart, THE CONCEPT OF LAW*, THE YALE LAW JOURNAL, vol. 71, 1962, pp. 1185-1190 (Traduction française des deux textes par E. Millard & E. Matzner, Textes de Ross, à paraître, LGDJ).

6 Cf. R. Guastini, *Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique*, in P. AMSELEK (dir.), *THEORIE DU DROIT ET DE LA SCIENCE JURIDIQUE*, PUF, 1993, pp. 249-64 ; E. MILLARD, *Un problème de transposition de concepts : la traduction de la théorie juridique d'Alf Ross*, in E. MATZNER (Dir.) *DROIT ET LANGUES*, Presses universitaires de Perpignan, 2000.

(2) que l'on entend par validité le fait que la norme soit dotée d'une force particulière, inhérente au concept de droit (la force obligatoire). Parmi les théories que Ross considère utiliser le concept de validité dans ce second sens figure la Théorie pure du droit, dans la mesure où la validité de l'ordre juridique y est interprétée par Ross non comme se référant à un fait vérifiable, mais comme liée à la supposition de la norme fondamentale (selon laquelle on doit se comporter conformément à une Constitution effectivement posée et respectée, en gros et de façon générale) ; cela exprimerait alors une prescription morale (Ross parlera à cet effet plus tard du quasi-jusnaturalisme kelsénien⁷).

La raison linguistique est que Ross a traduit (notamment dans *On law and Justice*) par le seul mot de *validité* deux termes danois différents, correspondant aux deux sens précités (en vigueur, valide). Il a ainsi introduit une ambiguïté, ou un risque d'ambiguïté, qui auraient pu être évités. Cette traduction n'est d'ailleurs peut-être pas totalement innocente de la part de Ross, tout à son ardeur à « pourchasser » le jusnaturalisme sous toutes ses formes. A cet égard, le ton général des textes de Ross, comme des textes ici publiés sur Ross, laisse deviner l'existence d'un fort contentieux entre ces auteurs qui manifestent une certaine agressivité, pour ne pas dire plus : l'expression de « bataille doctrinale » a rarement été aussi pertinente. Toujours est-il que Ross a ensuite bien précisé qu'il n'avait, en fait, en rien besoin, dans une conception empirique, du concept de validité pour décrire le droit : « Nous pouvons parler avec sens de quelqu'un comme étant soumis à une obligation indépendamment du fait qu'il se sente ou non soumis à elle. Ceci est possible dans la mesure où la *réalité* ou l'*existence* de l'obligation est déduite de l'*existence* d'une norme. L'existence d'une norme renvoie à un état de choses social qui n'a rien à voir avec sa validité comprise comme une force obligatoire qui lui serait inhérente. Au-delà, il n'est possible d'affirmer la réalité indépendante d'une obligation qu'en fonction d'un cognitivisme moral que pour ma part je rejette »⁸.

Les textes de Kelsen et de Hart ici proposés critiquent cette conception de l'identité entre validité et existence. Kelsen s'attache notamment à montrer la spécificité du normatif dans l'objet appréhendé, dont la validité rend compte. Hart rappelle comment les énoncés de validité servent à la reconnaissance de l'appartenance d'une règle au système juridique. Ross reviendra sur ces critiques pour essayer de montrer leur caractère erroné dans un de ses plus célèbres articles : *La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le Droit naturel*⁹.

En réalité, derrière l'identification de l'objet, c'est toute la question de la méta-science juridique qui est en cause. Norberto Bobbio a montré comment (et pourquoi) les modèles rossiens et kelséniens pouvaient s'opposer¹⁰.

Pour Kelsen, la science du droit doit à la fois être descriptive (en ce qu'elle ne prescrit pas) et normative (en ce qu'elle ne cherche pas à expliquer la réalité, mais à décrire le devoir-être). C'est le fondement du normativisme, qui s'exprime dans la nature des propositions de droit (les propositions décrivant les normes) : ce ne sont pas des propositions d'être mais des propositions de devoir-être, c'est-à-dire qu'elles affirment l'existence de devoir-être, et sont soumises au lien d'imputabilité. A l'inverse, pour Ross, la science du droit doit être une science factuelle et pratique ; elle se retrouverait dans un modèle que N. Bobbio estime explicatif et prescriptif, mais qu'on pourrait peut-être avec moins de risque de confusion qualifier d'explicatif et de prédictif : explicatif en ce qu'elle propose une explication de la réalité, des faits (par exemple, en n'affirmant pas l'existence de devoirs à décrire, mais en expliquant à partir de quels phénomènes sociaux on peut tenir pour vraie l'assertion de l'existence d'une norme qui se référeraient à ces devoirs : lien de causalité) ; et prédictif en ce que les énoncés auxquels elle procède sont vérifiables dans le comportement futur des autorités juridictionnelles (N. Bobbio les dit alors prescriptif car cette vérification peut être aussi interprétée, et l'idée est effectivement présente chez Ross, comme le fait que les directives dogmatico-doctrinales ont été reçues par les autorités juridiques).

Kelsen mobilise pour désigner les propositions de droit l'idée curieuse, ou qui du moins appelle attention, de *devoir-être descriptif*. Il y a donc chez Kelsen trois types de propositions : les

7 A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, REVISTA JURIDICA DE BUENOS-AIRES, vol. IV, 1961, pp. 46-93. (Traduction française par E. Millard & E. Matzner, *op. cit.*)

8 A. Ross, *Author's Response, Existence and Validity of a Norm*, PHILOSOPHY FORUM, vol. VIII, Mars 1970, pp. 87.-93

9 *Op. cit.*, note 7.

10 N. Bobbio, *Etre et devoir-être dans la science du droit*, in ESSAIS DE THÉORIE DU DROIT (RECUEIL DE TEXTES), LGDJ, 1998, pp. 185-206, et spéc. pp. 197-198

propositions du droit ou propositions juridiques (les normes), qui sont des propositions prescriptives, soumises au lien d'imputabilité, et évaluables en termes de validité ; les propositions de droit ou propositions sur le droit (propositions de la science normative), qui décrivent les normes, c'est-à-dire qui décrivent un devoir-être, et qui donc sont également soumises au lien d'imputabilité en tant qu'elles portent sur des normes, mais qui sont évaluables en termes de vérité en tant qu'elles sont descriptives ; les propositions de fait, (qui ne sont pas des propositions de la science du droit), qui décrivent un fait de réalité, et qui, soumises au lien de causalité, sont elles-aussi évaluables en termes de vérité. Ross considère pour sa part que les propositions qui décrivent, et qui sont vérifiables, ne peuvent être que des propositions de fait, quand bien même elles décriraient des normes : leur fonction est d'asserter des faits réels, non d'exprimer ce qui doit-être (c'est pour cette raison qu'elles décrivent l'existence d'une croyance, et non le devoir-être objet de cette croyance). N. Bobbio a montré, en réalisant « l'heureuse conciliation »¹¹ entre Kelsen et Ross, qu'il était sans doute plus cohérent d'admettre tout simplement que l'on puisse saisir le devoir-être, en fonction du contexte, aussi bien dans des prescriptions que dans des assertions décrivant les faits : « Il n'existe aucun devoir-être descriptif distinct du devoir-être prescriptif, mais il est possible que le devoir-être fasse partie soit d'une prescription, soit d'une assertion »¹².

Hart critique également la conception rossienne de la science du droit, et notamment sa limitation à ce qui apparaît à ses yeux comme une simple prédiction des comportements futurs. Il remet en cause la manière dont Ross sépare le point de vue interne du point de vue externe.

Toutes les notes appelées dans ces textes par des numéros sont des auteurs, celles appelées par des astérisques sont des traducteurs, comme les textes entre crochets.

Pour traduire les concepts kelséniens, souvent difficilement transposables directement en français, nous avons en priorité repris les choix de traduction opérés par Ch. Eisenmann dans la traduction de *Théorie Pure du Droit*, et par O. Beaud & F. Malkani dans leur traduction de *Théorie Générale des Normes*, PUF, 1996. Lorsque ces choix différaient, ou lorsque cela a été jugé nécessaire à une meilleure compréhension, nous avons laissé entre crochet le terme original.

Le texte de Kelsen présente la caractéristique d'être écrit en allemand, mais de comporter de nombreuses citations de Ross directement en anglais. Kelsen utilise ainsi directement, y compris dans son propre texte, les concepts de « validity » et « reality » pour désigner l'utilisation de Ross. Lorsqu'il les traduit, il se réfère à des significations diverses. Ainsi, « reality » est traduit (ici ou dans la THÉORIE PURE DU DROIT¹³), par « réalité », « efficacité », ou par « Sein (être) ». Mais ce même « Sein » sert parfois à Kelsen pour rendre « validity » dans le sens donné par Ross. Un problème s'est surtout posé pour rendre les concepts allemands *Wirksamkeit*, et anglais d'*effectivity* et *effectiveness*. Le terme allemand a été constamment traduit par *efficacité*, alors que les mots anglais peuvent vouloir dire *efficacité* ou *effectivité* pour le second, plus précisément *effectivité* pour le premier. Le problème tient à ce que Kelsen traduit ces derniers termes par *Wirksamkeit*.

En réalité, les deux auteurs concernés n'emploient pas leurs concepts dans une problématique claire qui opposerait l'effectivité à l'efficacité. Certes, Kelsen semble réserver le concept d'*Effektivität* à la désignation d'un principe (principe d'effectivité) qui permet, sous certaines conditions, de considérer ou non un ordre juridique comme valide dès lors qu'il est efficace, notamment après une révolution etc.¹⁴ ; il s'agit d'ailleurs pour Kelsen d'une norme juridique positive du droit international public. Mais *Efficacité* et *effectivité* semblent bien chez Kelsen étroitement liées. On peut donc tenir que l'usage des deux termes chez Kelsen ne correspond pas à deux significations différentes, mais bien à une même signification, différenciée pour des raisons didactiques ou stylistiques. Et on peut retenir que pour Kelsen, l'efficacité des normes est le fait qu'elles produisent le comportement ou les effets recherchés (dans le texte traduit : « le fait que le comportement des hommes prescrit par la norme juridique comme devant être correspond jusqu'à un

11 R. Guastini, *Préface* à N. Bobbio, *op. cit.*, p. 9.

12 *Op. cit.* p. 199.

13 *Op. cit.*, spéc. la note 1, pp. 282-285

14 Cf. *Le principe d'effectivité*, in THÉORIE PURE DU DROIT, *op. cit.*, pp. 209-210 ; V. également, le passage concernant ce principe dans THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT, LGDJ, 1997, pp. 175-176 — le texte étant ici traduit de la version rédigée par Kelsen en anglais.

certain degré à cette norme »¹⁵). Ross, conformément à sa démarche conceptuelle analytique et critique¹⁶, donne lui aussi les conditions de son utilisation : « L'effectivité [**effectiveness**], qui conditionne la validité des normes, ne peut par conséquent être recherchée que dans l'application juridictionnelle du droit »¹⁷.

On le voit, le désaccord entre Ross et Kelsen porte bien sur l'état de choses auquel renvoie le concept (l'effectivité ou l'efficacité sont-elles limitées à l'application juridictionnelle ?), en relation ensuite avec l'idée de validité, et non pas sur le mot servant à sa désignation (*effectivité* ou *efficacité*).

Pour des raisons de cohérence avec les autres textes des auteurs, traduits ailleurs, il nous a semblé qu'il fallait continuer à rendre *Wirksamkeit* par *efficacité* dans l'utilisation kelsénienne, et *Effectivity/effectiveness* par *effectivité* sous la plume de Ross, même si cela a par conséquent pour effet de désigner l'utilisation rossienne par deux concepts différents selon que sa pensée soit traduite directement de l'anglais (*effectivity, effectivité*) ou traduite de la traduction en allemand proposée par Kelsen (*Wirksamkeit, efficacité*).

Eric Millard
Université de Perpignan
Institut universitaire de France

15 Rappr. la définition dans sa THÉORIE GÉNÉRALE DES NORMES : « L'*efficacité* de la norme consiste en ce qu'elle *est* effectivement observée et, dans le cas contraire, appliquée », *op. cit.*, p. 4. On peut noter que c'est en substance l'exacte définition donnée par G. Cornu, VOCABULAIRE JURIDIQUE, PUF, du mot *effectivité*

16 V. A. Ross, *Tû-Tû*, ENQUÊTE, 1998, n° 7, pp. 265-279 ; *La définition en droit*, in E. Matzner (Dir.), DROIT ET LANGUES, *op. cit.*

17 ON LAW AND JUSTICE, *op. cit.*, p. 35.