



HAL
open science

Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?. *Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2002, 50, pp.13-18. halshs-00126334

HAL Id: halshs-00126334

<https://shs.hal.science/halshs-00126334v1>

Submitted on 25 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.

Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?

Introduction au dossier coordonné par Eric Millard

A. Ross : une présentation

« Pour ce qui est de la France, je renonce ». C'est en ces termes que dans les années cinquante, Alf Ross renseignait un universitaire américain qui lui demandait de lui indiquer, en prévision d'un séjour d'étude en Europe, les théoriciens ou philosophes du droit avec qui il pourrait travailler¹.

Au-delà de l'anecdote, on peut voir dans ces propos la réaction à un assez fort désintérêt de notre pays pour les travaux du juriste danois. Ce désintérêt n'était pourtant pas, a priori, réciproque. Ross a étudié à Paris dans les années vingt, et s'est efforcé de faire connaître en français sa pensée. Mais sans réel succès, jusqu'à ces dernières années tout au moins.

Ce n'est pas ici le propos, mais on pourrait avancer quelques idées expliquant un tel échec. En premier lieu peut-être deux raisons de fond : la relative faiblesse de l'interrogation théorique en France à l'époque à laquelle Ross connaît sa période féconde (fin des années trente – fin des années soixante), et le ghetto dans lequel, à la même époque, sont tenus dans le champ de la philosophie le positivisme logique et la philosophie analytique (la fameuse philosophie que l'on appelle alors anglo-saxonne), qui constituent le cadre de référence de tout le raisonnement rossien. A cela s'ajoutent peut-être en second lieu des raisons plus conjoncturelles. Il faudrait à cet égard s'interroger sur le rôle de Charles Eisenmann, qui en oeuvrant salutairement à la connaissance nécessaire de Hans Kelsen, a vraisemblablement contribué à occulter, dans un contexte peu favorable à la théorie du droit, le monde des juristes des années cinquante et soixante, un de ses principaux critiques, Alf Ross.

Cette ignorance surprend néanmoins, d'autant qu'elle apparaît, en comparaison avec la situation qu'ont connu les autres pays, spécifiquement nationale. Ross a su et pu rapidement se faire connaître hors des frontières de la scandinavie, et être compris à la fois comme un des représentants du réalisme scandinave, et comme un penseur original, irréductible à l'Ecole dont il est issu. Le monde germanique d'abord (ses premiers travaux paraissent rapidement en allemand, et sa thèse, entamée sous la direction de Kelsen, soutenue sous celle d'Hägerström,

¹ Lettre inédite, dossier Alf Ross, Archives royale du Danemark, Copenhague

est rédigée et publiée en allemand²), anglo-saxon ensuite (à partir des années quarante, Ross fait paraître systématiquement ses articles et livres importants en anglais, directement ou traduits ; il se rend aux Etats-Unis et en Angleterre, et entame un dialogue fécond avec ses homologues anglophones). D'autres pays, marqués par des cultures et des traditions juridiques diverses, emboitent le pas. Le cas de l'Italie mérite attention : alors que dans les années soixante les principaux théoriciens italiens, tenants du normativisme, Bobbio et Scarpelli en tête, s'interrogent sur la signification réelle de la pensée kelsenienne, le réalisme scandinave et particulièrement l'approche rossienne sont rapidement convoqués comme alternative au positivisme juridique (entendons dans la tradition italienne : alternative au normativisme) et fournissent les fondations sur lesquelles vont se constituer les Ecoles actuelles si prolifiques : celle de Bologne (Enrico Pattaro), celle de Genes (Riccardo Guastini), etc. Enfin, l'actualité internationale témoigne encore que les théories de Ross demeurent fortement étudiées et discutées dans le monde. Divers colloques ont été organisés à l'occasion de la célébration du centenaire de la naissance de Ross³ ; surtout, lors des derniers congrès mondiaux de philosophie juridique, le nombre d'ateliers consacrés directement à ces discussions, ou dans lesquels l'argumentation prenait largement en compte la démarche de Ross, pour s'y appuyer ou pour tenter de l'invalider, demeure impressionnant.

Pour ce qui est donc de la France, et en dehors de rares écrits contemporains de l'auteur dans lequel il est salué davantage en adversaire de l'approche normativiste qu'en tant que théoricien proposant une démarche originale⁴, c'est principalement autour de Michel Troper que l'on rencontre une connaissance et une mobilisation des écrits de Ross. La vision réaliste et analytique que développe en effet Michel Troper s'appuie notamment pour partie sur certaines des analyses de Ross. Ce dernier n'est cependant qu'un des auteurs auxquels se réfère l'école française de l'interprétation, et même si comme pour Ross le réalisme scandinave *stricto sensu* n'est qu'une des épistémologies mises en œuvre (et largement soumise à la critique), le normativisme kelsénien reste, bien davantage que chez Ross, un moment fort de la construction. L'important texte que livre dans ce dossier Michel Troper, autour de la classique controverse entre les juristes autrichien et danois sur la signification du concept de validité en droit, rend compte des limites que rencontre en France l'adoption des analyses de Ross, dans un contexte qui finalement reste éminemment kelsénien.

Pourquoi dès lors revenir sur cet auteur puisque la cause, pour ce qui est de notre pays tout au moins, semble entendue ? Il y aurait certes des raisons culturelles tout à fait valables que l'on pourrait invoquer, notamment pour comprendre l'histoire de la pensée juridique du XXème

2 Theorie der Rechtsquellen, Franz Deuticke, Leipzig-Vienne, 1929

3 Ross est né en 1899 et est mort en 1979.


4 V. par exemple le compte rendu que fait Michel Villey de *Towards a Realistic Jurisprudence*, in Revue historique de droit français et à l'étranger, 1950, pp. 285-287

siècle en général, et du normativisme en particulier. Fervent critique de son maître Kelsen, Ross a proposé une déconstruction cohérente de la Théorie pure du droit, qui en retour a contraint le juriste viennois à se défendre longuement ; et il en a été de même de Hart ⁵. Ce dialogue sans concession reste un moment important de l'évolution récente des théories positivistes, dont il serait dommage d'ignorer l'une des voix, alors que les autres sont fort heureusement connues en France. Surtout, et en soi, la construction rossienne constitue effectivement une alternative disponible au normativisme qui demeure fondamentalement positiviste et qui peut ouvrir une discussion féconde sur la pratique théorique des juristes.

Car c'est sans doute le point important : malgré les hésitations du vocabulaire (les italiens opposent parfois réalisme à positivisme, et le mot positivisme n'a sans doute tout à fait pas la même signification lorsqu'il renvoie au droit posé ou lorsqu'il désigne l'épistémologie mise en œuvre par certains travaux théorique et doctrinaux), Ross est un infatigable défenseur du positivisme, et un inlassable pourfendeur du jusnaturalisme. Le positivisme de Ross, c'est ici le positivisme scientifique. Et la doctrine de Ross, c'est avant tout une doctrine de la science. Nul besoin ici de la présenter longuement : les textes de Véronique Champeil-Desplats et de Pierre Brunet l'illustrent, et le lecteur trouvera une excellente introduction en français chez Riccardo Guastini⁶. Retenons juste l'essentiel : la conviction qu'une science du droit peut exister, et que celle-ci ne peut se construire qu'à partir d'une approche fondée sur la philosophie des sciences positiviste. Il ne peut donc s'agir d'une science prescriptive mais d'une science résolument descriptive. Surtout, et la rupture avec Kelsen se situe à ce niveau, il ne peut s'agir que d'une science des faits, et non d'une science des normes supposées situées dans un autre monde que celui des faits, le monde du *Sollen*. La connaissance du droit vise donc à parler de ce qui existe, et à le faire selon des processus répondant à des protocoles de vérification et de réfutation, tant du point de vue analytique que synthétique. Ce que cherche donc à constituer Ross n'est rien moins qu'un empirisme juridique. Ce qu'il présuppose est une redéfinition de nos méthodes, et particulièrement de notre attitude vis à vis des mots de la langue juridique, qu'il s'agisse des mots que nous rencontrons dans les discours des acteurs juridiques (juges, constituants, législateurs), ou ceux que nous rencontrons dans les discours que produisent les scientifiques lorsqu'ils en rendent compte. L'apriorisme est exclu. Parler du droit, c'est être capable de forger un concept de droit dont on peut parler, c'est-à-dire de théoriser le fait juridique sans s'engager, du point de vue de la connaissance, sur les questions qui traduisent la subjectivité (le juste, le bien, etc.).

Ce projet est décliné par Ross en deux endroits complémentaires. D'abord sur le terrain de la théorie générale du droit (qui devient surtout nécessairement une théorie de la

⁵ V. le dossier *Théories réalistes du droit*, Ann. de Strasbourg, 2001. V. aussi la 2nde édition de la *Théorie pure du droit*.

⁶ *Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique*,  P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, pp. 249-264

connaissance) : à cet égard, Ross rejoint inévitablement les préoccupations de la sociologie juridique puisque il s'agit de proposer une conception du droit appréhendé comme fait social. La sociologie est d'ailleurs explicitement valorisée comme l'une des trois disciplines qui aux yeux de Ross permettent la connaissance juridique, aux côtés de l'histoire et de la doctrine. Mais pour autant, Ross se refuse à se limiter à la sociologie (il n'y a d'ailleurs pas d'écrits sociologiques de sa main, et il est méfiant à l'égard de tout réductionnisme sociologique en matière juridique). Ensuite sur le terrain plus directement doctrinal, notamment à travers des études en droit international, en droit constitutionnel et en droit pénal. A tous égards, la démarche est cohérente : mobilisation des savoirs sur le social et l'humain (psychologie, etc.), critique de la signification commune pour déterminer la fonction réelle des concepts, recours à la logique dans la démarche cognitive.

Ce qui caractérise donc le droit est l'effectivité. Non pas en ce que la prise en compte de l'effectivité du droit permettrait un autre savoir que l'analyse des pures normes. Mais en tant que, du point de vue de la connaissance, il n'est possible de parler de droit qu'en disant ce qu'est le droit qui existe, et que le seul droit dont on puisse parler dans un processus empirique est le droit effectif. Michel Troper souligne dans ce dossier les difficultés qu'une telle démarche soulève, en excluant peut être trop rapidement l'approche normative. Et Evelyne Serverin propose une interprétation de cette démarche du point de vue sociologique. Il demeure que cette approche à sa logique et sa pertinence. Dire qu'une règle juridique existe, par exemple qu'une règle disposant que « ... » est une règle de droit français, revient simplement à dire que cette règle est perçue par les acteurs juridiques comme une règle de droit. Savoir si elle est obligatoire, si une obligation existe vraiment, échappe à la connaissance. En revanche on peut constater cette perception, qui tient à une multitude d'éléments, pour certains psychologiques (éducation, sentiment d'obligation, sentiment de légitimité, sentiment de justice), pour d'autres liés à la nature même du pouvoir, etc. Et on peut essentiellement la constater par le fait qu'elle est effectivement appliquée par des acteurs particuliers, tenus eux-mêmes pour investis d'un pouvoir spécifique (juridique) : des juges, des administrateurs, des forces de police, etc. Dire donc qu'existe une règle de droit français disposant que « ... » signifie que ces acteurs se sont référés à cette règle pour prendre des décisions et exercer un pouvoir ; que cette règle a joué un rôle dans la détermination de leur décision peut-être, dans la justification argumentative de celle-ci sans doute. Dire enfin que cette règle existe est un pronostic sur l'avenir : dans une situation semblable, il est vraisemblablement probable que ces mêmes autorités, ou d'autres autorités du même ordre, fonderont sur cette règle leur décision. Une règle apparaît donc comme une directive adressée à ces autorités pour la résolution des situations concrètes qui leur sont soumises ; et plus largement comme une directive adressée à l'ensemble de la communauté sociale pour adopter spontanément les comportements qu'elle vise.

Chacun voit immédiatement les difficultés inhérentes. Il est certain que l'on ne se trouve plus là du côté des certitudes auxquelles le discours juridique nous habitue. Dire par exemple qu'une règle de droit va vraisemblablement s'appliquer mais qu'il est aussi possible qu'elle ne s'applique pas nous éloigne de la sécurité juridique. La question pertinente qu'il nous faut nous poser dans le cadre de nos pratiques, doctrinales ou judiciaires notamment, est surtout de savoir si la sécurité juridique est un fait ou une prescription... et si c'est une prescription, si la décrire comme fait n'est pas simplement renforcer son caractère idéologique. Face aux notions de jurisprudence (et de revirements de jurisprudence, voire de cas d'espèce), de normativité et d'obligatoire, les théories de Ross participent de la mise à nue. Il ne nous dit pas le droit tel qu'il devrait être, mais nous propose de le comprendre tel qu'il est, même si cela peut déstabiliser nos croyances acquises, et en nous donnant en même temps les moyens de discuter cette compréhension, par la reconstitution patiente de son raisonnement, par la désignation des faits pris en compte. De ce point de vue, il ne s'adresse pas qu'aux juristes doctrinaux et théoriciens du droit, mais bien plus largement à la communauté de ce qui fréquentent à un titre ou un autre le droit, praticiens et citoyens : ne nous payons pas de mots sur ce qu'est le droit, et essayons d'en comprendre le fonctionnement réel, pour savoir nous situer.

Et c'est enfin sur ce point qu'il faut insister. Dénonçant la contagion du savoir juridique par les jugements de valeur, Ross n'est pas pour autant un nihiliste. Comme le montre dans ce dossier Carlos Herrera, l'engagement politique est indissociable de son engagement épistémologique. S'en tenir à une vision empirique du droit ne l'empêche en rien de se situer, et de promouvoir ses valeurs. Simplement est il conscient qu'il ne peut alors se réclamer de la légitimité de la science lorsqu'il est sur le terrain politique. Et en retour, cette vision positiviste de la science est une des conditions de la tolérance politique. Il est des questions qui peuvent être tranchées au nom de la vérité, par une argumentation logique : c'est à la science de le faire, et il est possible de dire de ce point de vue quelles sont les règles de droit. Il en est d'autres qui ne peuvent être tranchées de cette manière et elle relèvent du débat politique : celles particulièrement qui relèvent de la problématique du bon droit, du droit juste, du droit tel qu'il devrait être. En séparant bien les deux questions, les deux domaines, Ross n'affaiblit en rien les valeurs. Il ne fait que leur rendre leur place, dans le débat démocratique, s'interdisant de trancher au nom de son statut, et s'obligeant à développer, ailleurs, mais de manière aussi importante, une argumentation pour défendre ses valeurs, visant non plus à démontrer leur objectivité, mais à convaincre de leur pertinence. Le positivisme de Ross découle d'une conception générale du monde qui, loin d'être un obstacle à la démocratie, comme on l'a trop souvent avancé, en est au contraire la condition. A l'heure où les juristes savants ont encore tendance à se sentir parfois investis d'une mission de gardiens du temple des valeurs (qui ne sont que leurs valeurs, aussi respectables soient-elles), et à s'élever, non en tant que citoyens, ce qui est légitime et souhaitable, mais au nom de leur savoir, contre certaines lois ou décisions de justice (que l'on pense simplement à certaines

argumentations développées autour de l'arrêt Perruche), c'est peut-être cette leçon qui restera la plus importante, et qui justifie à elle seule que l'on (re)lise Ross.

Eric MILLARD

Université de Perpignan

Institut universitaire de France