



HAL
open science

Point de vue interne et science du droit

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Point de vue interne et science du droit. Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2007, 59, pp.59-71. halshs-00260833

HAL Id: halshs-00260833

<https://shs.hal.science/halshs-00260833v1>

Submitted on 5 Mar 2008

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.

Eric Millard

« POINT DE VUE INTERNE ET SCIENCE DU DROIT » : UN POINT DE VUE EMPIRISTE
(Mai 2007, à paraître Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, décembre 2007)

« POINT DE VUE INTERNE ET SCIENCE DU DROIT » : UN POINT DE VUE EMPIRISTE

Une théorie empiriste du droit est une théorie qui affirme (notamment)¹ :

- a) qu'une science du droit est possible ;
- b) que l'objet d'une théorie empiriste du droit est de permettre de constituer une telle science du droit ;
- c) que l'objet de cette science est spécifique en ce qu'il s'agit de normes (objet qu'une théorie empiriste du droit doit constituer comme objet de connaissance, en retenant notamment un concept de norme approprié) ;
- d) que cette science se limite à la connaissance ou description de son objet sans chercher ni à l'évaluer, ni à agir sur lui (en ce sens, une théorie empiriste du droit est une théorie positiviste) ;
- e) que l'objet de cette science existe comme fait : les normes d'une théorie empiriste du droit sont des faits en ce que ce sont des significations prescriptives apparaissant dans des discours effectivement tenus par des autorités déterminées, c'est-à-dire des entités linguistiques, et non des valeurs ou des obligations ;
- f) que ces discours effectivement tenus à partir desquels les normes sont envisagées constituent des points de vue interne : ce sont des énoncés produits selon certaines procédures, des décisions sur des significations normatives de tels énoncés (ou d'autres), des argumentations affirmant l'existence ou la validité de significations normatives.

De ce point de vue, il paraît dès lors évident que, pour une théorie empiriste du droit, la science du droit est séparée de son objet, et qu'elle constitue seulement un point de vue externe sur son objet. Plus précisément, la science du droit est un point de vue externe sur un point de vue interne, ou pour le dire autrement elle décrit de l'extérieur un point de vue qui est interne.

C'est peu. Or il devient impossible de s'en tenir à cette simple posture épistémologique. Dans le paysage de la théorie du droit, la question du point de vue interne a pris une nouvelle dimension depuis l'usage généralisé qu'a proposé Hart de ce terme, et surtout depuis les débats qui s'en sont suivis. Même si peu de choses dans ces débats concerne à proprement parler l'empirisme, et même si à vrai dire ces débats ne paraissent pas de nature à conduire à un radical réexamen de la manière dont les présumés empiristes envisagent l'articulation des points de vue interne et externe, dans la relation entre science et droit ou au-delà de cette seule question, il demeure que tant la référence constante à Hart dans la littérature théorique que les critiques qui ont été adressées à sa conception ou sa présentation, par des empiristes (Alf Ross²) ou surtout en dehors de l'empirisme (Ronald Dworkin), ont conduit à une vulgarisation du couple « interne-externe », accompagnée comme souvent d'un obscurcissement de sa signification.

¹ J'ai proposé dans Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris 2006, une démarche pour construire une théorie empiriste du droit, qui ne peut évidemment être considérée ni comme achevée, ni comme exclusive.

² Alf Ross, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », ainsi que « Le concept de droit selon Hart », in *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, Paris, 2004.

Je propose de m'attacher à distinguer, selon les présupposés d'une théorie empiriste du droit, différentes significations de la relation entre science du droit et point de vue interne qu'elle reçoit de l'extérieur (1 à 3), avant de revenir brièvement sur la distinction hartienne entre les points de vue, en retraçant son origine et son évolution, face à la position empiriste (4).

1 – L'intitulé science du droit et point de vue interne pourrait signifier en premier lieu une réflexion critique sur la science du droit elle-même

Cette réflexion critique pourrait à son tour recouvrir deux démarches.

A - Tout d'abord, il est possible de caractériser ainsi un point de vue scientifique sur la doctrine (ou sur la dogmatique), c'est à dire une description critique de l'activité scientifique ou prétendument scientifique à propos du droit (ou encore d'une certaine activité scientifique à propos du droit).

Ce point de vue peut être parfaitement utile et légitime, et il peut être conduit de manière strictement scientifique, par la description de son objet. Cependant l'objet de cette science ne sera pas le droit ; cet objet sera un méta-discours juridique (le discours dogmatico doctrinal).

Pour cette raison, le terme « science du droit » ici n'est pas pris dans le même sens que celui que j'énonçais préalablement (la description du droit), qui contenait l'idée du regard externe (science) et du regard interne (droit), et qui était bien plus limité que l'idée d'une science du droit comme activité des juristes savants. De plus, les méthodes de ce travail scientifique, et la définition de son objet, ne sont pas nécessairement ceux de la science du droit au sens restreint : on peut, notamment, l'aborder d'autres points de vue, par exemple ceux de la science politique ou de la sociologie des sciences.

Evoquer le point de vue interne, dans cette démarche, peut constituer un réflexe ou une revendication, professionnelles et non cognitives, lorsqu'il provient des juristes, s'estimant, parce que justement juristes, les mieux à même de produire la connaissance sur l'objet droit, y compris sur la connaissance critique de leur propre activité.

Mais, effet du miroir, la référence au point de vue interne peut conduire, du côté des sciences non juridiques qui se donnent l'activité juridique, y compris cognitive, comme objet, à discréditer la capacité des juristes, contaminés par leur point de vue interne, à produire une connaissance de leur propre activité cognitive, réservant cette connaissance critique à l'extériorité à la famille large des juristes.

Dans les deux cas, c'est sans doute oublier toujours ce que contient le terme connaissance, qui s'évalue selon une épistémologie adaptée et non selon le statut ou positionnement du sujet prétendument connaissant. Et c'est retenir un sens extrêmement faible de l'internalité.

B - Alors, dans un second sens, le point de vue interne pourrait être celui d'une théorie empiriste du droit sur la science du droit. Il ne peut y avoir de science du droit qu'en présupposant une théorie du droit qui lui fournit des concepts, des méthodes, une épistémologie, un objet.

La science du droit semble inséparable de la théorie du droit pour cette raison. Elle est pratiquée, ou doit l'être, dans la même activité cognitive, par le même sujet, dans la même démarche, et pour cette démarche. La théorie empiriste du droit est en ce sens un point de vue interne sur la doctrine car elle ne repose pas sur une séparation absolue des deux points de vue, même si elle commande (au moins s'agissant des théories positivistes, dont les théories empiristes) la distinction des niveaux de discours (langage objet et méta-langage).

D'un autre côté, et c'est essentiel, une théorie empiriste du droit n'est en rien une description : ni du droit (directement), ni de la doctrine ou de la science du droit (cf. 1-A). Elle apparaît comme une prescription de ce que doit être une science du droit, c'est-à-dire qu'elle fournit une épistémologie

constitutive de la science du droit.

En ces deux sens, la théorie empiriste du droit est bien un point de vue interne sur le point de vue externe qu'elle réclame. Mais le point de vue interne, qui ne présuppose pas une séparation science-objet, semble dès lors si l'on s'en tient à cette première catégorie de significations, échapper toujours à la possibilité de fournir quelque description.

2 – Le second sens de l'intitulé, le plus évident, est celui dans lequel le point de vue interne désigne l'objet d'une science du droit. Le point de vue interne n'est pas descriptif, mais exprime des valeurs, et énonce des prescriptions. En tant que tel (interne/prescriptif), il peut faire l'objet d'une description, qui proviendra nécessairement d'une posture autre, et constituera un point de vue externe.

Une théorie empiriste du droit, outre le fait de devoir se positionner sur le point de vue externe (cf. 1.B), doit dès lors nécessairement clarifier ce qu'elle entend par ce point de vue interne : constituer son objet, et notamment caractériser des normes (prescriptions/valeurs/points de vue internes) comme faits (objets empiriques de connaissance). Une théorie empiriste du droit peut de ce point de vue être modérée ou radicale.

A) Dans un sens modéré, les entités linguistiques réelles, objets de la science du droit, peuvent être dotées de significations correctes par une activité cognitive.

L'adoption d'un point de vue interne permettrait alors de déterminer « scientifiquement » (selon une méthode linguistique spécialisée) les significations correctes d'un énoncé normatif *par rapport* à d'autres normes valides du système concerné. Le point de vue interne cognitivement mobilisé n'a pas pour objet de déterminer *la* norme mais le cadre des significations correctes des énoncés normatifs en question. Évidemment, cela laisse entière la question de la signification effectivement retenue par une autorité authentique, qui est renvoyé à l'observateur externe (Kelsen³). Pour autant, il peut s'agir des significations correctes d'énoncés réels, qui quant à eux sont bien des faits (empirisme modéré).

La science du droit adopte un point de vue interne en ce sens, sans néanmoins « exprimer » juridiquement ce point de vue. C'est ce qui transparaît derrière l'idée de *Sollen descriptif* chez Kelsen ou dans l'idée du point de vue non strictement externe chez Hart (cf. infra 4C3 et 4D).

B) Dans un sens radical, aucune activité cognitive ne permet de déterminer des significations correctes. Le point de vue interne est une pure activité décisionnelle, l'expression d'une volonté. La science du droit ne peut que décrire de manière critique le point de vue interne, sans jamais pouvoir l'adopter :

« Une science du droit distincte de son objet ne peut viser à la connaissance des normes ou des significations, mais seulement à la connaissance des actes par lesquels sont attribuées des significations et créées des normes » (Troper)⁴.

3 – Dans un troisième sens alors, il faut comprendre l'utilisation du point de vue interne par une théorie empiriste du droit radicale comme désignant son autonomie par rapport à des disciplines cognitives proches, empiriques elles aussi, telles que la sociologie du droit.

³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduction française de la seconde édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann), LGDJ, Paris, 1999, notamment Titre VIII.

⁴ Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e Diritto*, 2004, p. 99.

Le point de vue interne signifie que la science du droit de la théorie empiriste du droit *décrit* simplement son objet ; qu'elle ne cherche ni à *expliquer* son objet par des causes externes (politiques, historiques, etc), ni à *mesurer* les effets de son objet dans le champ social directement.

Il est clair qu'ici les diverses théories empiristes du droit (les divers réalismes, les théories empiristes et modérées, etc) ont des positions très variables, et qu'elles n'affirment pas toutes un point de vue interne en ce sens. Certains réalismes par ailleurs conduisent à renoncer pratiquement à la description (science) du point de vue interne au profit de l'action, notamment dans la constitution critique de la justification et de l'argumentation, et dans la focalisation sur la dimension sociale et/ou psychologique, ou de l'analyse de l'action (qui peut être une description, mais centrée alors sur les acteurs et non sur la signification que retiennent leurs actes). En ce sens, il est possible de leur contester le caractère de théorie (empiriste) du droit dans la mesure où elles ne se veulent plus des théories positivistes (même si elles sont compatibles avec elles).

Pourtant, même si d'un point de vue de théorie générale du droit, la dimension sociale et psychologique est toujours présente, la science du droit proprement dite, en raison des concepts retenus par les théories empiristes du droit (notamment du concept de norme comme signification utilisée par des autorités au travers d'un discours réel), apparaît comme spécifique, et se réduit à l'analyse critique d'un langage. En cela, la science du droit d'une théorie empiriste du droit, même radicale, se distingue des autres disciplines scientifiques se donnant le droit comme objet, qui recourent au moins pour partie à des points de vue externes à cet objet linguistique.

La science du droit d'une théorie empiriste du droit demeure un méta-langage, et le droit est son langage-objet.

4 – Quelques observations terminales sur le débat entre Hart et Ross.

Hart n'est certainement pas l'inventeur en théorie du droit de l'opposition interne-externe, même s'il l'a renouvelée, de façon pas toujours très claire ou assumée. A cet égard, le débat entre Ross et Hart, qui ressemble pourtant souvent à un dialogue de sourds, est assez éclairant.

A - La conception du droit de Ross repose, depuis sa thèse de doctorat au moins⁵, sur la prise en compte des deux aspects interne et externes des règles. A cet égard, la conception qu'il se fait de la validité est révélatrice. Dans un article⁶ qui présente en français quelques éléments théoriques de cette thèse, il insiste sur le dualisme classique entre validité et réalité, marquant la conception préscientifique du droit (une valeur idéale se manifestant dans la réalité). Si on refuse une telle conception préscientifique du droit – ce qui est pour le moins le programme d'une théorie empiriste telle que celle défendue par Ross -, il n'est semble-t-il de possibilité de sortir des antinomies rencontrées qu'en optant pour un seul des éléments du dualisme, soit la validité (la notion kelsénienne de droit comme pur devoir-être)⁷, soit la réalité (les théories sociologiques du droit).

Tout l'effort de Ross va consister à conserver la validité du côté de la réalité, sans la dissoudre dans les seuls faits matériels. Il veut montrer que la validité repose sur deux éléments : une soi disant validité idéale, et une validité matérielle. La validité matérielle est l'existence de la règle ; la validité

⁵ Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, Leipzig-Vienne, 1932.

⁶ Alf Ross, « Le problème des sources du droit », in *Introduction à l'empirisme juridique*, op. cit., pp. 23 et s.

⁷ Il convient de ne pas négliger que nous sommes dans les années 30, et placer cette critique au regard de l'état à cette époque de la pensée kelsénienne.

prétendument idéale est le sentiment que nous avons de devoir obéir à cette règle. Pour Ross, il y a entre ces deux éléments de la validité un rapport, qui fait dépendre l'un de l'autre, et qui permet de dépasser le dualisme apparent : une pseudo rationalisation (de la réalité) sous forme de validité : de ce fait, « toute validité n'est possible que par une croyance subjective à la validité »⁸. C'est à la condition de comprendre la validité du côté de la réalité, donc de l'existence, dans ces conditions, qu'une science empirique du droit est possible.

Malgré des évolutions dans la formulation, Ross ne se départira pas de cette idée fondamentale, qui constitue l'architecture d' « Om Ret og Retfærdighed », paru en 1953, et traduit en anglais en 1958 sous le titre « On law and Justice ».⁹

B - Hart, dès avant la parution du *Concept de droit* (1961), a fait une recension de cet ouvrage de Ross. Il écrivait notamment (en 1959) :

« Ross a raison de penser que nous devons distinguer un aspect *interne* tout comme un aspect externe du phénomène présenté par l'existence de règles sociales. Cela est vrai, et très important pour la compréhension de n'importe quelle sorte de règles. Mais malheureusement, il situe la frontière entre ces deux aspects au mauvais endroit, et présente à tort l'aspect interne des règles comme une question d' « émotion » ou de « sentiment », comme une « expérience » psychologique spéciale. C'est seulement en faisant cela qu'il est capable de créer l'impression que l'analyse de la pensée juridique peut se dispenser de ce que Kelsen nomme les « propositions de devoir-être ». En fait, l'élucidation de l'aspect interne de tout discours normatif a besoin de telles propositions, et si nous les étudions soigneusement, nous pouvons voir qu'il n'y a rien de « métaphysique » à leur propos, bien que leur « logique » ou leur structure diffèrent des énoncés de fait ou des expressions de sentiment »¹⁰

La critique que Hart adresse à Ross porte sur plusieurs points, et elle sera au coeur du *Concept de droit*,¹¹ aussi bien lorsqu'il s'agira de nourrir l'opposition aux réalismes, en général, que lorsqu'il faudra à Hart développer sa propre conception, sur laquelle on doit d'abord revenir.

C - Dans *Le concept de droit*, Hart se sert du dualisme interne/externe dans au moins trois sens différents.

C1 - Il oppose d'abord l'aspect externe et interne des règles : l'aspect externe réside dans la régularité de comportements par rapport au modèle (le modèle requis pas la règle est *suivi* - régularité) alors que l'aspect interne tient à l'existence ou la possibilité d'une attitude critique à l'égard du modèle (il *faut* suivre le modèle requis par la règle – devoir). Il prétend que cette distinction n'est pas celle qu'établit Ross et il lui reproche notamment de confondre l'aspect interne des règles et le sentiment d'obligation. Cette critique n'est que partiellement recevable.

En effet, Hart oppose l'idée de sentiment (se sentir contraint, se sentir obligé) à l'idée de règle. Il écrit notamment :

« Il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles mais n'éprouvent

⁸ Alf Ross, « Le problème des sources du droit », *op. cit.*, p. 37.

⁹ Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958.

¹⁰ Herbert L.A. Hart, « Sur le réalisme scandinave », in O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, 2000, pp. 47-48.

¹¹ Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit* (1ère éd 1961, 2nde éd 1993), Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles (respectivement 1975 et 2005 – la pagination utilisée est celle de la seconde édition anglaise, reproduite en marge de la seconde édition française).

à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées ; autant d'attitudes qui trouvent leur expression caractéristique dans les termes normatifs *doit*, *il faut* et *devrait*, *bien* et *mal* »¹².

Ross a beau jeu de se défendre et d'opposer à Hart que de tels faits traduisent bien un *sentiment* que ce comportement est obligatoire.

En réalité, il semble bien que Hart réserve l'idée de sentiment pour désigner une expérience psychologique individuelle fondée sur la contrainte sociale (peur de la sanction, du jugement des autres, etc.). Mais il néglige ce faisant une autre dimension psychologique, qui prend aussi en compte l'intersubjectivité (à la fois dans cette dimension : le jugement des autres fondé sur leur propre sentiment partagé d'obligation ; et dans une autre dimension : mon sentiment psychologique fondé sur ma connaissance ou ma perception du sentiment des autres) et qui se traduit par la pseudo-rationalisation sous forme de validité : ce que lui-même appelle l'aspect interne des règles, mais qui est aussi un sentiment d'obligation. Ross quant à lui ne parle pas de sentiment individuel d'être obligé, ou de l'acceptation individuelle de l'existence ou du contenu de l'obligation, mais bien du fait qu'il n'existe pas d'obligation en dehors du sentiment d'être obligé, et que ce sentiment tient à diverses choses, dont des croyances individuelles et d'autres collectives (et toute la machinerie sociale qui les appuie : la contrainte matérielle, physique et symbolique). Sa propre position est sans doute plus cohérente, au regard de la critique, que celle de Hart et il peut écrire ainsi en rendant compte du Concept de droit (en 1962):

« L'attitude et les réactions décrites par Hart sont des manifestations évidentes des sentiments qui naissent chez l'individu durant sa vie dans le groupe. Hart utilise le terme « acceptation » ou même celui d'« acceptation volontaire » pour dépeindre l'intériorisation de la règle. Ce qui est trompeur, car cela insiste trop sur l'aspect délibéré d'une décision. Il peut arriver, dans des situations extraordinaires — par exemple durant des révolutions — qu'une attitude d'allégeance résulte d'une décision. Mais la plupart des individus se sentiront eux-mêmes liés par les normes sociales du groupe sans jamais avoir conscience d'un choix ou d'une décision. ».¹³

C2 - Hart oppose ensuite les « jugements » (*statements*) interne et externe, notamment le jugement externe sur l'existence, particulièrement de la norme de reconnaissance (elle existe, contrairement à la norme fondamentale kelsénienne présumée) et l'« assertion » interne selon laquelle cette norme de reconnaissance est valide (la validité est supposée). Il s'oppose donc là encore à Ross pour qui la validité étant l'existence, elle ne peut faire l'objet que d'une assertion sur les faits, donc d'un « jugement » externe.

Mais si, pour Hart, la validité se distingue de l'existence et s'attache à des jugements externes, il est une chose que l'on ne peut pas contester à Ross ; il s'occupe seulement, comme il le dit dans son compte rendu du Concept de droit :

« du jugement *externe* concernant l'*existence* d'une règle ou d'un système de règles ». ¹⁴

On peut contester le choix de parler de validité pour désigner l'existence d'une règle ; mais on

¹² *Id.*, p. 57.

¹³ Alf Ross, « Le concept de droit selon Hart », in *Introduction à l'empirisme juridique*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁴ *Id.*, p. 189.

ne peut refuser d'admettre que, le terme mis à part, Ross et Hart s'accordent sur le fait que l'existence de la règle (au moins de la règle de reconnaissance) est vérifiable, et que la proposition concernée est un « jugement » externe. Pour autant, même au sens interne de Hart, il demeure une difficulté sur le statut des « jugements » de validité.

C3 – Car Hart oppose enfin les points de vue des observateurs externe et interne. L'observateur externe ne comprend pas (ne peut pas ou ne cherche pas à comprendre) l'aspect interne de la règle car il s'en tient à l'observation que la règle est ou non suivie ; l'observateur interne, parce qu'il se place dans la position de celui qui accepte la règle, peut comprendre les deux aspects des règles. Il prétend, à la différence de Ross, qu'aucune théorie du droit scientifique (descriptive) n'est possible à partir d'un point de vue *véritablement* externe.

« Le même contraste, que nous avons formulé en terme d'aspects « interne » et « externe » des règles, peut servir à repérer ce qui confère à cette distinction son importance primordiale du point de vue de la compréhension non seulement du droit, mais encore de la structure de toute société. Le fait qu'un groupe sociale possède certaines règles de conduite, permet de poser de nombreux types d'assertion différents, quoique étroitement apparentés ; il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèle de conduite. Nous pouvons qualifier respectivement ces deux points de vue d'« externe » et d'« interne ». ¹⁵

Le point est ici que Hart semble considérer que le point de vue que l'on qualifiera ensuite d'externe modéré, c'est à dire celui de l'observateur qui comprend l'utilisation des règles comme règles, n'est pas un point de vue *strictement* externe :

« Les affirmations énoncées d'un point de vue externe peuvent elles-mêmes être de deux sortes. L'observateur peut en effet, sans accepter lui-même les règles, affirmer que les membres du groupe les acceptent, et il peut ainsi se référer de l'extérieur à la manière dont ils les considèrent d'un point de vue interne [...] Si, cependant, l'observateur s'en tient *réellement* de manière stricte à ce point de vue externe, et ne tient nullement compte de la manière dont les membres du groupe, qui acceptent les règles, considèrent leur propre comportement régulier, la description qu'il donnera de leur vie, ne peut nullement être formulée en termes de règles [...] » ¹⁶

La conception est assez ambiguë en ce qu'elle suppose que le fait que l'objet soit un point de vue interne (c'est-à-dire qu'il faille tenir compte du point de vue interne *caractérisant* l'objet), appelle de la part de l'observateur à renoncer partiellement à l'externalité de son point de vue. Il est vrai que Hart ici semble avoir des difficultés à conjuguer les différents usages qu'il pointe de l'opposition interne-externe, du moins entre l'externalité du point de vue (comme condition épistémologique de la science) et l'internalité de l'observateur (comme condition de localisation de l'observation, donc comme condition de spécificité de la science). Ce n'est qu'au prix de cette ambiguïté qu'il peut assimiler tout empirisme à une sociologie du droit, qui ne s'intéresserait qu'aux régularités, et toute science empirique à une science qui ne pourrait jamais décrire les points de vue internes, donc être une théorie du droit descriptive.

Or il y a vraisemblablement chez Ross une conception de la science et de la science du droit

¹⁵ Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p 89.

¹⁶ *Ibid* ; je souligne.

plus explicite que chez Hart. Voilà ce que répond Ross :

« Hart s'occupe avant tout du langage interne, et il croit que la plupart des obscurités et des déformations qui affectent les concepts juridiques et politiques disparaîtront si l'on comprend qu'ils impliquent une référence au point de vue interne. Il accorde peu d'attention au langage externe. Quand occasionnellement il s'y réfère, il semble considérer que les utilisateurs de ce langage sont les membres des minorités dissidentes à l'intérieur d'un groupe. Les dissidents rejettent les règles, et ils en parlent uniquement du point de vue de ce qui se passera probablement si elles sont transgressées. Je trouve étonnant que Hart ne voie pas l'utilisation la plus évidente du langage externe, ou qu'en tout cas il ne la mentionne pas : celle de l'observateur qui, sans accepter ou rejeter les règles, en rend seulement compte ; celui qui fait œuvre de dogmatique juridique, dans la mesure où son rôle consiste à énoncer des propositions vraies relatives au droit réellement en vigueur. »¹⁷

Ross a ici parfaitement compris ce que la théorie du droit moderne (Bobbio, etc.) développera: que tout ceci n'est qu'un problème de rapport entre langages et notamment entre la langue objet (le droit) et son méta langage descriptif (la science du droit). Sans doute l'intérêt constant de Ross pour les évolutions du positivisme logique et de la philosophie analytique l'ont conduit progressivement dans les années 50 vers la philosophie du langage, et la possibilité d'une telle conceptualisation ; mais Hart était lui aussi un bon connaisseur de toutes ces questions...

D - Il n'est alors pas inintéressant de noter que dans la postface à la seconde édition du *Concept de droit*, Hart accomplit deux choses qui pourraient être révélatrices.

D'une part, il reconnaît que nombre des critiques qui lui ont été adressées étaient pertinentes :

« Je dois admettre que, dans des cas plus nombreux que ceux auxquels je m'attendais, mes commentateurs ont eu raison et je saisis l'occasion de cette postface pour clarifier ce qui est obscur et revoir ce que j'ai écrit à l'origine lorsque cela était incohérent ou contradictoire »¹⁸.

Evidemment, la postface est inachevée et Hart n'a jamais explicitement indiqué quels étaient ces auteurs, et sur quels points il reconnaît devoir modifier sa position. J'ai pour ma part tendance à avancer que, pour ce qui nous occupe, Hart est prêt à admettre un point : que Ross avait raison de dire que si désaccord il y a entre eux, ce n'est pas sur cette question de l'interne/externe, en tous les cas pas sur la manière dont Hart avait formulé l'opposition.

D'autre part, et c'est un élément à l'appui de l'opinion précédente, Hart, dans son débat avec Dworkin, va adopter une position moins subtile sans doute que celle qui figure dans son ouvrage (première et deuxième éditions), mais plus proche de celle que lui opposait fermement Ross.

Il n'est pas utile de revenir sur le débat entre Dworkin et Hart lui-même. Rappelons simplement que Dworkin refuse l'idée qu'il puisse y avoir une « *jurisprudence* » (théorie générale du droit) descriptive, car (comme cela a été dit de 1 à 3) la théorie du droit doit tenir compte d'une perspective interne, et qu'il n'est plus possible de décrire dès lors que l'on tient compte du point de vue interne.

Voilà ce que rétorque Hart :

« Il n'y a en réalité rien dans le projet d'une théorie générale du droit descriptive telle que l'illustre mon ouvrage, qui empêche un observateur externe non-participant de décrire la façon dont des participants considèrent le droit d'un tel point de vue interne. J'ai ainsi expliqué assez longuement dans cet ouvrage que les participants manifestent leur point de vue interne en

¹⁷ Alf Ross, « Le concept de droit selon Hart », *op. cit.*, p. 188.

¹⁸ Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 239.

acceptant le droit comme leur fournissant des modèles pour leur conduite et des normes d'évaluation. Il est évident qu'un théoricien du droit faisant oeuvre de description ne partage pas lui-même en tant que tel l'acceptation du droit que manifestent les participants de ces différentes manières, mais il peut et devrait décrire une telle acceptation, comme j'ai en effet tenté de le faire dans cet ouvrage. Il est vrai que, à cet effet, le théoricien du droit faisant oeuvre de description doit *comprendre* en quoi consiste l'adoption du point de vue interne et, en ce sens limité, il doit être capable de se mettre lui-même à la place d'un membre ; mais ceci ne consiste ni à accepter le droit, ni à partager ou approuver le point de vue interne du membre ou à abandonner de toute autre manière sa posture descriptive ». ¹⁹

Ce point de vue est celui d'une théorie positiviste conséquente. Il est aussi celui d'une théorie empiriste du droit qui assume (cf. *supra* 3) le volet scientifique de son programme. Et il est, sans ambiguïté, la prescription d'un point de vue (strictement) externe aux fins de décrire un point de vue interne.

Eric Millard
Professeur de droit public
Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR 7074 (CNRS – Université Paris X Nanterre)
eric.millard@u-paris10.fr

¹⁹ *Id.*, p.242