

L'IDÉE DE VALIDITÉ EN DROIT

A propos du dernier livre d'Alf. Ross (1)

J. MIEDZIANAGORA

Introduction

Les trois étapes de la pensée d'Alf. Ross sont chacune représentées par un livre important (2).

Dans la *Critique de la soi-disant connaissance pratique* Ross s'est attaché, par une enquête gigantesque, à démontrer que les idées de «devoir» et de «valeur» ne recouvrent rien de sensé.

Les jugements éthiques sont sans objet. Toute la métaphysique passée et présente est une vaste tentative de rationalisation d'impulsions psychologiques. L'homme est poussé à agir par ses besoins mais aussi par des impulsions désintéressées. Ces dernières sont le résultat de la suggestion familiale et sociale d'une part, de l'habitude d'autre part. Elles semblent inexplicables puisqu'elles ne recouvrent pas un intérêt; c'est pourquoi elles ont donné lieu à tant d'«explications» métaphysiques.

Dans *Vers une philosophie du droit réaliste* (3) Ross applique au domaine de la philosophie du droit l'acquis du travail antérieur. Il montre l'insuffisance de la philosophie du droit contemporaine. Les philosophes du droit sont soit des métaphysiciens, leur sort à été réglé dans la *Critique*, soit des positivistes. Ces derniers croient résoudre la difficulté de la dualité fait-valeur qui caractérise le droit en supprimant l'un de ces éléments. Kelsen ne considère que la validité, les réalistes américains (Holmes, Frank, etc...) ne veulent connaître le droit que comme un fait. Hélas, le droit refuse ces simplifications. Il est *fait* et *valeur*. Ross fournit le moyen de dépasser la difficulté. Les éléments constitutifs du droit sont explicables psychosociologiquement. Le concept du droit renferme l'idée de contrainte. Cette idée correspond au sentiment de crainte. Il renferme aussi l'idée de validité, celle-ci correspond à une attitude de comportement désintéressée. Le pouvoir, engendre la crainte, celle-ci le respect, le-

(1) Alf. Ross, *On Law and Justice*, Londres, 1958.

(2) *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1933 (445 p., in4°).

— *Toward's a realistic jurisprudence*, Copenhagen, 1946.

— *On Law and Justice*, Londres, 1958.

quel, devenant habituel, donne lieu à une attitude désintéressée d'obéissance aux normes posées par le pouvoir qui, dès lors, est devenu une autorité légitime. Bref, le droit est une réalité psychosociologique qui comporte des conduites humaines et des normes.

Dans *On Law and Justice* Ross abandonne l'idée que le droit doit être étudié dans l'ensemble social. Il conserve ses vues antérieures mais tente de présenter une théorie de la validité du droit à partir du seul comportement judiciaire. Il a abandonné la perspective du livre précédent dans la mesure où elle menait à la sociologie. Il tente à présent une synthèse entre la vision de Kelsen selon qui la science juridique est l'étude des normes et la vision des réalistes américains pour lesquels cette science est l'étude des faits judiciaires⁽³⁾.

Le présent article concerne la théorie de la validité du droit telle qu'elle est exposée dans le dernier ouvrage de Ross mais il ne prétend nullement être une critique de l'ensemble de cet ouvrage.

Exposons à présent cette théorie⁽⁴⁾.

Il ne faut pas s'étonner de l'embarras éprouvé par les philosophes du droit lorsqu'ils entreprennent de définir la nature du droit. Cet embarras résulte précisément du fait qu'ils veulent définir l'objet de la science juridique. Aucune autre science ne définit son objet. Pourquoi veut-on à tout prix définir le droit ? Parce que la doctrine juridique recèle un mystère : L'idée de la validité du droit.

Une digression linguistique va aider à clarifier cette notion « métaphysique ».

Il faut distinguer une énonciation linguistique de sa signification. Toute énonciation possède une signification expressive, c.-à-d. qu'elle est le symptôme de l'événement qui cause son apparition. Mais certaines énonciations ont en outre une signification représentative, c.-à-d. qu'elles représentent un « état de chose ». Nous pouvons classer l'ensemble des énonciations linguistiques en trois catégories.

1. Les assertions. Celles-ci ont une signification représentative.

Exemple: La table est devant la porte.

(3) J. FRANK, par exemple dans *Law and modern mind*. Pour une bibliographie de ces auteurs «réalistes» cf. W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, Londres, 1953, et aussi E. N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, New York, 1941.

(4) Le texte qui suit est une paraphrase de celui d'Alf. Ross. Il nous a paru inutile de l'encombrer par des notes qui auraient été excessivement nombreuses, d'autant plus que nous renverrons au texte de Ross lors de notre critique de sa théorie.

2. Les exclamations. Celles-ci n'ont pas de signification représentative. Exemple: Aïe !
3. Les directives. Ces dernières n'ont pas non plus une signification représentative, mais elles comportent l'intension d'exercer une influence. Exemple: Fermez la porte !

Les énonciations de la science juridique se présentent comme des directives alors qu'elles tentent de décrire le droit existant et non de le prescrire. En fait, ces énonciations sont des assertions. Leur portée est d'affirmer la validité des règles qu'elles énoncent; à la suite d'une énonciation doctrinale, nous devons toujours sous-entendre: «est du droit valide» dans tel pays. Au lieu de nous livrer à des recherches métaphysiques sur la nature du droit, nous devons simplement expliquer le sens de cette expression: «est du droit valide» dans tel pays. Nous approcherons de la solution de ce problème à l'aide d'un exemple: le jeu des échecs.

Imaginons que nous observons deux joueurs d'échecs. Aucune science, ni la psychologie, ni la biologie par exemple, ne nous permettront de comprendre ce jeu. Le seul moyen de le comprendre est d'en apprendre les règles. Comment pouvons-nous établir l'existence des règles de ce jeu ? (A supposer que nous tenions à connaître les règles qu'il faut observer pour jouer *correctement*, et que nous négligions celles qui permettent de *bien jouer*, c.-à.-d. de gagner). Ces règles sont évidemment des directives; elles visent à «motiver» les joueurs qui se sentent spontanément obligés de les observer et savent aussi que toute tentative en vue de les transgresser entraînerait une protestation du partenaire.

On pourrait tenter une approche du problème du point de vue strictement «behaviouriste», en se limitant à l'observation extérieure. Ce serait aller vers un échec parce que cette méthode ne nous permettrait pas de distinguer les règles de correction de celles qui permettent le gain. Par exemple nous resterions persuadés après avoir observé mille parties qu'il est contraire aux règles du jeu de commencer une partie en avançant le pion de la Tour.

Si l'on cherchait ces règles dans les livres, on laisserait subsister un doute: nos deux joueurs se conforment-ils à ce livre ?

Il reste une autre méthode, et c'est la bonne, il faut non seulement observer mais encore recourir à l'introspection, découvrir quelles règles sont effectivement éprouvées par les joueurs comme des règles socialement obligatoires.

Nous tenons à présent la définition de la règle valide. C'est celle à laquelle les joueurs adhèrent effectivement parce qu'ils se sentent

socialement liés à la directive qui y est contenue. Cette définition, nous pouvons nous en servir pour le droit. Le concept «droit valide» dans tel pays, signifie «l'ensemble abstrait d'idées normatives qui servent de schéma d'interprétation pour le «droit en action», ce qui signifie que ces normes sont effectivement suivies et qu'elles le sont parce qu'elles sont vécues et senties comme étant socialement obligatoires».

Nous verrons bientôt comment cette définition va nous servir. Elle nous permet dès à présent de dire quel sera l'objet de la philosophie du droit. «La philosophie moderne, basée sur une conception empiriste à laquelle nous souscrivons, considère que la philosophie n'a pas d'objet spécifique qui serait distinct de celui des autres sciences». «La philosophie est une méthode. Cette méthode, c'est l'analyse logique. La philosophie est la logique de la science et son objet c'est le langage scientifique». Quant à la philosophie du droit «... son sujet *n'est pas le droit* ni l'une quelconque de ses parties ni aucun de ses aspects, mais la science du droit».

Appliquons à présent au droit la méthode découverte à propos du jeu des échecs afin de déterminer avec précision ce qu'est un droit valide.

Nous voulons clarifier le concept «droit valide» et, à cet effet, il nous suffira d'examiner un système national quelconque. Or, un système national de droit, cela ne se définit pas plus que «Mr. Smith» ne se définit, cela se montre du doigt (*to point out*).

Il faut nous demander quelles personnes et quels actes sont concernés par les normes d'un système juridique national. «On ne peut répondre à cette question qu'en découvrant, grâce à une analyse des règles communément considérées comme un système national de droit, à qui elles s'adressent et quelle est leur portée».

Selon leur contenu immédiat, on peut diviser ces normes juridiques en deux groupes: les normes de conduite et les normes de compétence.

Les premières prescrivent un comportement, par exemple la règle du «Uniform negotiable instrument. Act. S. 62» qui prescrit que celui qui endosse un instrument négociable s'engage à le payer selon sa teneur».

Les normes de compétence créent un pouvoir, une autorité, elles sont des directives selon lesquelles il faudra considérer les règles qui naîtront conformément à la procédure qu'elles décrivent comme des normes de conduite. «Une norme de compétence est donc une norme de conduite exprimée indirectement».

A qui s'adressent les normes de conduite ? Apparemment, dans l'exemple de l'endossement, à la personne qui l'opère. Mais cet aspect des choses est secondaire, et très éloigné de ce qui est relevant pour le juriste. Ce qui intéresse le juriste, et cela seul doit l'intéresser, c'est que cette règle s'adresse également aux tribunaux. Quant à l'endosseur, qu'il lui suffise de savoir que les tribunaux s'en tiendront à cette directive.

Peu importe la forme apparente des normes, elles pourraient sans inconvénient être formulées autrement. La preuve, c'est que la loi pénale n'interdit pas, par exemple, aux citoyens de tuer leurs semblables, mais déclare que ceux qui le feront seront punis de telle ou telle manière.

Les normes de compétence sont réductibles à des normes de conduite; il faut donc également les interpréter comme des directives adressées aux juges. Ceux-ci sont les personnes désignées par les règles qui organisent les tribunaux. On voit que, de cette manière, les règles de droit privé sont intégrées aux règles de droit public.

Maintenant que nous connaissons la portée du système national de droit, il nous reste à dire quand un tel système est *valide*. Cela revient à dire quels faits sociaux constituent la contre-partie des normes juridiques, c.à.d. le phénomène juridique. La norme prescrit les conditions de l'application de la sanction; le phénomène juridique est donc la décision judiciaire. C'est dans les jugements que nous trouvons l'efficacité, c.à.d. la validité du droit. Et la validité d'un système juridique nous pouvons la vérifier par le fait qu'en l'acceptant comme schéma d'interprétation nous pouvons comprendre les actes des juges et dans certaines limites les prédire. Il faut dire avec insistance, en opposition avec les idées généralement admises, que le droit fournit les règles de la conduite des juges, et non de celle des citoyens.

Précisons encore qu'une méthode «behaviouriste» ne pouvait pas nous conduire à ces résultats, puisque ceux-ci impliquent, outre les actes du juge, une certaine idéologie qui l'anime, son sentiment d'être obligé, lié par les règles juridiques. C'est ce double aspect du droit qui explique les errements métaphysiques en philosophie du droit et l'existence de l'idée d'une validité «supra-empirique» dont on a toujours voulu rendre compte. «Si l'on veut bien rejeter la métaphysique qui obscurcit les thèses classiques, celles-ci viendront soutenir notre propre vision».

Voyons à présent comment nous pouvons vérifier la validité des normes individuelles. Une proposition qui concerne la réalité (en

opposition à une proposition analytique) doit impliquer qu'en suivant une procédure déterminée certaines expériences directes en résulteront. Ceci est un principe de la science empirique moderne. Et ce principe s'applique aussi, ceci est notre postulat fondamental, à la science juridique.

Avant de voir comment, précisons la portée des assertions doctrinales. Ces assertions portent sur des événements: les jugements qu'elles prédisent. En effet, si quelqu'un demande ce qui, à l'égard d'une matière déterminée, est du droit valide, ce qu'il veut savoir, c'est sans aucun doute la manière dont les tribunaux trancheront les litiges en cette matière à l'avenir.

Ces précisions sur la portée des assertions doctrinales nous montrent immédiatement comment se déroulera leur vérification; il suffira d'observer la décision du tribunal.

Les assertions doctrinales étant prédictives, il faut en conclure qu'elles ne sauraient, par nature, jamais prétendre à la certitude absolue. «Elles peuvent seulement être dotées d'un degré de probabilité plus ou moins élevé». «En fait, on peut dire qu'une règle de droit peut être valide à un degré plus ou moins grand, *qui varie* avec le degré de probabilité avec lequel on peut prédire qu'elle sera appliquée».

La probabilité est élevée et la règle possède un degré élevé correspondant de validité si elle est basée sur une loi, par exemple; elle est basse et la règle a un degré peu élevé correspondant de validité si elle est basée sur un précédent unique ⁽⁵⁾.

I

L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE DE LA VALIDITÉ

1. *Les normes juridiques sont des «directives».*

Les normes juridiques forment un discours, les énoncés de ce

⁽⁵⁾ La base principale de nos prédictions nous est fournie par les sources du droit. Il s'agit des directives les plus générales auxquelles le juge obéit, elles lui renseignent les normes à appliquer. - Ainsi la loi, est une source du droit. Selon l'idéologie du juge, cette loi doit être obéie parce qu'elle se fonde sur la constitution, celle-ci étant la norme posée la plus élevée. Elle-même se fonde sur une norme présumée selon laquelle il faut obéir aux règles posées par les constituants. *On Law and Justice*, page 75 et sq. (Remarquons que cette présentation de la hiérarchie normative est exactement la même que celle de Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduit par Thevenaz), Neuchâtel, 1953.

discours sont des directives.

Il n'entre pas dans notre propos d'étudier — en général — la valeur de la classification des énoncés linguistiques présentée par Alf. Ross.

Voyons simplement si cette classification est satisfaisante du point de vue de la philosophie du droit.

Selon cette classification, les normes juridiques n'ont pas de contenu représentatif (ce seraient des assertions); elles sont des directives, c'est à dire des énoncés qui visent à influencer autrui: elles sont de la même nature que l'expression: «fermez la porte» (6).

Remarquons que personne ne conteste le caractère impératif de la norme juridique. La question controversée est de savoir si ce caractère d'injonction (7), est le trait essentiel de la norme ou seulement un de ses aspects. Pour Ross, il s'agit du caractère essentiel (8). Mais alors, deux aspects du droit sont, nous semble-t-il, laissés dans l'ombre, qui apparaissent mieux dans l'expression «jugement de valeur» que dans l'expression «directive». La norme est d'une certaine façon *jugement*. Lorsque le législateur définit le contrat de vente,

(6) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 8.

(7) M. Karl OLIVECRONA dans *Law as a fact* fournit une interprétation psychologique du droit selon laquelle les normes sont des impératifs indépendants qui déterminent la conduite des citoyens. Ross souscrit d'ailleurs dans une grande mesure à sa thèse, puisqu'il déclare, *op.cit.*, p. 8, note 2: «Actually I do not disagree with Olivecrona».

(8) Voici quelques opinions opposées.

Monsieur d'Entrèves: «We seem to be forced to the conclusion that command is not the essential attribute of law». Monsieur d'Entrèves ajoute: «La fonction du droit est de qualifier, de procurer un terme de référence pour certaines situations et faits, en leur assignant un sens particulier ou en les insérant dans une relation de condition à conséquence. L'adoption largement répandue du mot «norme» dans la terminologie juridique moderne est particulièrement significative de ce point de vue. Parce que ce mot comprend indubitablement la notion d'un «doit» mais aussi celle d'un standard, ou modèle, ou patron et le caractère injonctif n'est en tous cas en aucune façon l'essentiel d'une proposition de «doit». A. P. D'ENTREVES, *Natural Law*, Londres, 1951, p. 105.

Pour Robson, la norme juridique est une «formule modèle de la conduite sociale». ROBSON, *Justice and administrative Law*, 1928, p. 292.

Pour RADBRUCH: «la norme juridique ne peut être un commandement, mais est nécessairement un jugement de valeur». Gustave RADBRUCH, *La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent*, p. 33, dans *Arch. de phil. du droit et de sociologie juridique* (n° 1, 2) Sirey, 1936.

par exemple, il enjoint, sans doute, que l'on s'en tienne à sa définition, mais *il n'en définit pas moins* un contrat en qualifiant certains actes humains, qu'il précise, pour leur attacher un sens particulier.

La norme est d'une certaine façon jugement de *valeur*. Pour comprendre une norme posée, il faut connaître l'intention de ceux qui l'ont posée, le but poursuivi, les objectifs sociaux, économiques ou moraux qu'ils entendaient promouvoir ou réaliser en la posant.

La conduite humaine exigée par telle norme, ou favorisée ou interdite par elle, est, en un sens, la *bonne conduite*. En un mot, si la norme est une directive — comme le croit Ross — encore faut-il: 1. comprendre ce qui est ordonné, 2. vouloir y obéir (ou y désobéir) ⁽⁹⁾.

D'autre part, si l'on conçoit la norme comme un commandement, il faut accorder de l'importance à sa source. Or, le concept de «source du droit» est, selon Ross, obscur. Sous ce concept il découvre une réalité psychique, à savoir une composante générale de l'idéologie du juge ⁽¹⁰⁾. Si bien que la source du commandement, ce qui fonde sa force comme tel, se confond avec le psychisme de celui qui obéit.

Au lieu de voir dans l'acte du juge qui applique la norme le moyen d'assurer l'ordre social ou de le rétablir lorsque le citoyen ne se conformerait pas à elle, Ross voit dans cet acte la réalité juridique elle-même.

Dès lors, le commandement est fondé sur l'obéissance, et c'est à présent à l'embouchure du fleuve qu'il faut chercher sa source.

Ross a été amené à isoler certains événements juridiques afin de pouvoir construire une *science* conçue comme un ensemble de prédictions et dont les assertions seraient *vérifiables expérimentalement*. Il en arrive à nous présenter un modèle où nous reconnaissons certes la réalité juridique, mais qui est un modèle «réduit».

Il a envisagé le droit selon une méthode préconçue. Pour ce faire il a fallu transformer la réalité juridique jusqu'à ce qu'elle se plie au moule dans lequel il avait décidé de l'enfermer.

Montrons, à présent comment Ross procède à propos du problème que pose la définition du droit.

⁽⁹⁾ Bien entendu, ces aspects de la norme juridique n'échappent pas à Ross et sa construction tente de combler les lacunes que nous relevons. Pour lui, la norme est un commandement adressé au juge (et non au citoyen) qui la comprend et la valorise, son esprit étant animé d'une certaine idéologie normative qui lui permet de la comprendre et le force à y obéir.

⁽¹⁰⁾ Alf. Ross, *On law and Justice*, p. 75.

2. Le philosophe du droit peut, selon Ross, éviter de définir le droit.

Peut-être serait-il utile de définir le droit, nous dit Ross, si l'on voulait établir ce qu'ont en commun différents systèmes de droit positif.

Mais cette démarche n'est pas nécessaire (selon lui) si nous voulons non pas « induire » ce que divers systèmes nationaux ont en commun, mais établir par l'analyse les concepts que l'étude de ce système nécessite.

De même qu'avant de connaître la nature du jeu des échecs, nous pouvons voir si deux personnes jouent à ce jeu et non au bridge, de même, avant de connaître la nature ou l'essence du droit en général, nous sommes à même de reconnaître un système national de droit.

Ross nous propose d'être des observateurs:

Voici un système national de droit; voyons de plus près ses éléments constitutifs.

On pourrait demander à Ross: comment savons-nous ainsi sans savoir? Comment savons-nous que ceci est une partie d'échecs, cela un système national de droit, si nous ignorons ce que sont les échecs, ce qu'est le droit?

Il nous répondrait que l'objet de la philosophie du droit, c'est la doctrine juridique et non le droit⁽¹¹⁾.

Mais, d'une part, et nous reviendrons sur cette question, quand Ross nous parle de doctrine juridique, il ne s'agit pas de tels ou tels auteurs particuliers mais du concept de la doctrine en général, et même de ce que la doctrine devrait être, plutôt que de ce qu'elle est. D'autre part, son analyse du contenu immédiat des normes ne porte pas sur la doctrine mais bien sur les normes juridiques elles-mêmes.

Il faut, selon Ross, procéder pour l'analyse d'un système national de droit comme à propos du jeu des échecs⁽¹²⁾. Il suffit donc, de se demander quels sont les actes et les personnes concernés par les directives juridiques⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 30.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 32.

⁽¹³⁾ Ross nous dit: «If the rules of law are in like manner to constitute a system, they must in like manner have reference to definite actions performed by definite persons. But what and who are these? This question can

Remarquons que la situation devant laquelle Ross place l'observateur quand il s'agit du droit, n'est pas celle où il le plaçait quand il s'agissait du jeu des échecs.

Là, on connaissait les actes et les personnes et on recherchait les règles; ici, on connaît les règles et on recherche les actes et les personnes.

Si les personnes et les actes qui donnent sa cohérence de signification à un système national de droit posent un «problème» au départ de l'analyse de Ross, c'est évidemment parce que Ross a l'intention de résoudre ce problème et de nous présenter un tableau nouveau de la réalité juridique. En effet, l'analyse de Ross, tout en prétendant porter sur le contenu immédiat⁽¹⁴⁾ des normes, l'amène à découvrir que les personnes et les actes qui sont régis par les normes, ce sont les juges et les jugements.

Examinons brièvement le mouvement de cette analyse.

Premier temps de l'analyse de Ross: (15)

Ross ramène les normes de compétence à des normes de conduire indirectement exprimées. A cette «réduction» nous opposons l'objection suivante: avant de montrer ce que les normes de compétence expriment *indirectement*, il faut s'attacher à montrer ce qu'elles expriment *directement*. Elles expriment *directement* une conduite conforme à leurs propres prescriptions:

La Constitution donne aux Chambres le pouvoir de légiférer et établit la procédure à laquelle elles doivent se conformer, autrement dit, elle fixe *directement* une règle de conduite du Parlement. Ensuite, quand le Parlement aura posé ses lois, les citoyens devront à leur tour y conformer leur conduite. Cette obéissance au second degré aux règles de compétence est la seule qui soit retenue par Ross. Pourquoi ?

only be answered by *finding out by analysis of the rules commonly regarded as a national law system, to whom they are directed and what their purport is*» *Ibidem*, p. 32.

⁽¹⁴⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 32. «According to their *immediate content*» (souligné par nous).

⁽¹⁵⁾ Cf. notre introduction p. 61. Ross, *On Law and Justice*, p. 32.

Second temps de l'analyse de Ross: (16)

Ce n'est qu'en apparence que la norme juridique régit la conduite des citoyens; en fait, elle ne concerne que la conduite des juges: *un système national de droit est donc un système de règles de conduite des tribunaux.*

Insistons sur le fait que Ross *réduit*, au sens propre du mot, la réalité juridique, alors qu'il prétend pourtant l'envisager comme un donné immédiat.

Il réduit la classe des personnes concernées par les normes à celle des juges et c'est là une première réduction du donné. Force nous est de constater que sa définition des normes de compétence implique aussi une réduction réelle du système national et non pas uniquement une réduction méthodologique. Ainsi, pour ce qui est des normes constitutionnelles de législation, dans la mesure où les tribunaux ne contrôlent pas la constitutionnalité des lois, (en droit belge par exemple) la Constitution ne prescrit rien aux juges en la matière et n'a donc *rien de juridique* (17).

Dès lors, tout un ensemble de règles constitutionnelles se trouvent exclues du système national de droit au terme de l'analyse.

Alors que Ross repousse l'idée d'une définition du droit, alors qu'il déclare qu'un système national de droit peut être «montré du doigt» comme «Mr. Smith», il arrive que, s'étant livré à l'analyse du contenu immédiat d'un système national donné, il ne retrouve plus, au terme de l'analyse, ce système tel qu'il est donné, mais tel qu'il faut l'entendre en fonction précisément de sa définition implicite du droit. De plus, ce système national est amputé, certains de ses éléments se sont évanouis par le seul effet de l'analyse. Ainsi, les normes constitutionnelles dont nous venons de parler sont devenues des pseudo-normes, des normes imparfaites! (18)

3. *La doctrine, science empirique formée d'assertions expérimentalement vérifiables, de prédictions.*

Une première remarque s'impose: Ross nous dit que: «The subject of jurisprudence is not law nor any part or aspect of it, but the study of the law» (19).

(16) Cf. notre introduction p. 62. *Op.cit.*, p. 33.

(17) *Ibidem*, p. 51.

(18) *Ibidem*, p. 51.

(19) *Ibidem*, p. 25.

L'objet de la philosophie du droit, c'est la doctrine juridique, déclare Ross, et simultanément il déclare aussi que les assertions de cette doctrine sont des prédictions. Ouvrons un traité, nous n'y trouvons pas de prédictions. Mais, nous dit Ross, les assertions doctrinales sont prédictives en cela qu'elles affirment *la validité* des règles qu'elles énoncent.

Pourtant, en fait, le juriste, dans son traité, prouve la validité des règles qu'il énonce en nous renvoyant aux lois, à la Constitution, à la jurisprudence, et pas du tout en nous annonçant qu'elles seront appliquées à l'avenir. L'application des lois n'est pour lui qu'une conséquence de leur validité et non cette validité elle-même.

Par cette remarque liminaire, nous voulons montrer que Ross outre-passe d'emblée les droits qu'il s'était accordés en tant que pur analyste du donné doctrinal. Il analyse, non la doctrine existante, ce qu'il annonçait, mais une doctrine idéale; et quelle est cette «bonne» doctrine? Celle-là même qui s'applique à connaître le droit tel que Ross le définit⁽²⁰⁾.

Pourquoi les assertions doctrinales sont-elles des prédictions? L'argument de Ross est très exactement le même que celui du «fondateur» du réalisme américain: Holmes.

Ross nous dit: «If anyone asks what, in regard to a *given matter*, is valid law at the present moment, he undoubtedly wants to know how current disputes will be decided, if they are brought before the courts»⁽²¹⁾.

Cet argument conduit tout simplement à identifier le point de vue doctrinal à celui du justiciable ou à celui de son avocat⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Ross nous dit, en effet: «Another question is the extend to which the doctrinal study of law in the form in which it exists, in current expositions of national systems of Law, does in fact consist in assertions of this kind. It is the question of the extend to which the doctrinal study is and will be a cognition of *valid law in the sense in which it has been defined in the foregoing analysis*». Bref, nous voyons ici encore que le réalisme de Ross porte non sur un donné de fait, mais sur un modèle construit du réel; le concept de la doctrine est construit à partir du concept du droit valide élaboré par Ross, au cours de son analyse du «contenu immédiat» des normes. *Ibidem*, p. 46.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 40; HOLMES, *The path of law*, 1897.

⁽²²⁾ Mais même dans une perspective pragmatique on ne peut se contenter de ce point de vue unique. En effet, le juge cherche, lui aussi, des lumières dans les traités doctrinaux. Comment ceux-ci lui seraient-ils de quelque utilité s'il devait n'y trouver que la prophétie de ses propres décisions? Nous rencontrons ici l'aspect franchement paradoxal de la thèse réaliste. Il est, en

Les réalistes américains ont tenté dans ce sens, de remplacer le travail empirique, intuitif de l'avocat par une recherche systématique, dont le but est de prévoir dans des cas concrets les décisions des tribunaux.

Mais ce n'est qu'en apparence que Ross s'engage dans cette voie, en fait il veut seulement faire accepter sa thèse selon laquelle la science juridique est une science empirique au même titre que les sciences naturelles et cela aux moindres frais pour la doctrine existante: il suffit de faire subir aux traités doctrinaux une petite modification grammaticale, les «transcrire» au futur!

Si l'on acceptait toutes les conséquences de l'argument pragmatique sur lequel Ross se fonde, la mission de la doctrine serait de répondre au justiciable de la manière suivante, par exemple: étant donné les actes que vous avez commis et les circonstances qui les entourent, le tribunal correctionnel de telle ville considérera que vous avez volé et, en conséquence, étant donné votre casier judiciaire etc... vous condamnera à telle peine de prison. Et c'est bien la mission que Ross semble attribuer à la doctrine lorsqu'il nous dit: «statements concerning valid law at the present time must be understood as referring to hypothetical future decisions under certain conditions if an action should be brought *on which the particular rule of law has bearing* and if in the meantime, there has been no alteration in the state of the law (that is to say in the circumstances which condition our assertion, that the rule is valid law) *the rule will be applied by the courts*»⁽²³⁾.

Mais, après qu'il a fait accepter le caractère prédictif de la doctrine⁽²⁴⁾, Ross précise la portée de la prédiction doctrinale en ajoutant au texte que nous citons, l'incise que voici: «if an action in which the *conditioning facts*, given in the section are *considered to exist*»⁽²⁵⁾. Ainsi, la réponse au justiciable devient, dans notre exemple: si le tribunal correctionnel de telle ville s'estime compétent et qualifie les actes que vous avez commis de vol, il vous appliquera

effet, absurde de dire que le juge, en étudiant le droit, prend connaissance d'une prophétie qui le concerne. Si le juge applique le droit, il faut bien que le droit soit autre chose que son application par le juge.

⁽²³⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 41.

⁽²⁴⁾ A la suite de cette définition de la portée des assertions doctrinales Ross nous dit, en effet, qu'une assertion est considérée comme vraie si nous avons de bonnes raisons de croire que cette prédiction se réalisera. *Ibidem*, p. 42.

⁽²⁵⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 42. (souligné par nous.)

les peines de prison prévues par la loi pénale ! Ceci n'est plus la réponse d'un avocat, ce n'est plus une réponse du tout dans le sens où un justifiable peut l'attendre. Cette réponse se ramène à celle-ci : le droit positif en vigueur restera en vigueur, sauf les modifications intervenues entre le moment de la prédiction et celui du jugement prédit. Bref, les prédictions de Ross ont une portée très limitée et ne répondent pas à la question du justiciable qui justifiait leur existence !

Parce que Ross n'entend pas réellement modifier les tâches doctrinales mais seulement le langage du juriste, sa théorie comporte une lacune très importante que nous tentons à présent de cerner. Si la doctrine peut prédire l'application future du droit positif, c'est parce que celui-ci se compose de directives auxquelles le psychisme du juge est sensible, auxquelles le juge «se sent» obligé d'obéir.

Mais, dès lors, Ross ne devrait-il pas tenter de montrer que les normes juridiques sont : 1° effectivement agissantes dans l'esprit du juge, et 2° qu'elles sont le seul facteur, ou du moins le facteur essentiel du psychisme judiciaire ?

Si, en effet, il en allait autrement, une doctrine juridique qui limiterait — comme le veut Alf. Ross —, son objet à l'étude des normes, porterait à faux.

Les réalistes américains sont réalistes selon deux sens du mot. D'abord, ils veulent étudier des faits plutôt que des «principes abstraits»; ensuite, et ce second sens nous intéresse ici plus particulièrement, ils ne croient pas en la «sincérité» des jugements. Les juges, font-ils remarquer, placés devant l'obligation de juger, décident selon la totalité de leurs penchants, de leurs aspirations, voire de leurs «complexes», d'une solution à apporter à un litige et, ensuite seulement, bien souvent, trouvent (ce qui est aisé devant la richesse de l'arsenal du droit positif) le vêtement, le déguisement juridique de leurs décisions. Cette vision des choses infirme les deux prémisses de la théorie de Ross puisqu'elle affirme, primo: la pluralité des facteurs agissant sur le psychisme du juge et, secundo, que les normes ne sont pas les «mobiles» du juge, mais un cadre de justification a posteriori.

Or Ross estimant que ce problème de la relation entre la motivation d'un jugement et son dispositif n'est pas un objet de la doctrine juridique ⁽²⁶⁾ (ni par conséquent de la philosophie du droit !),

⁽²⁶⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 43. «But what relation exists between the opinion and the judgement which naturally is what we want to predict».

n'essaye pas de prouver que les réalistes se trompent. Mais si ceux-ci ont raison, si les attendus d'un jugement n'en sont pas la *cause* et si le dispositif est ce que nous voulons prédire, à quoi servira l'étude de ce qui fait la substance des attendus, à savoir les normes ? ⁽²⁷⁾

Mais si les justifications avancées par Ross pour défendre sa thèse ne la justifient pas, quelles sont ses raisons profondes ? Nous les avons évoquées en cours de route. Ross veut que l'étude doctrinale du droit repose sur un postulat selon lequel cette étude *doit* être reconnue comme une science sociale empirique ⁽²⁸⁾.

Ainsi s'explique l'étrange situation de Ross dans la philosophie du droit contemporaine. Seul, en effet, parmi les «réalistes», il entend ne modifier en rien l'étude du droit; celle-ci restera l'étude des normes; s'il postule l'application du principe de vérification en droit, c'est qu'en vérité, essaye-t-il de dire, ce principe y est déjà appliqué. Telle quelle — (à condition d'accepter la transcription au futur de

Ibid., p. 44: «at any rate these problems are properly the study objects of other disciplines than the study of law».

⁽²⁷⁾ Si les réalistes américains ont raison, l'ensemble des normes invoquées par les juges ne sont qu'un discours justificatif et ne constituent pas la cause du jugement. Dans cette hypothèse, l'étude des normes se ramène au fond à l'étude des lois d'un discours; procéder à cette étude, c'est entreprendre des travaux de logique ou d'argumentation juridique et, dès lors, la logique — ici comme dans tout autre domaine — se ramenant à une «éthique de la pensée», on sera amené à poser les règles à appliquer pour obtenir des jugements corrects, les règles de l'argumentation que doit tenir le juge. Si les réalistes ont tort, et si les juges sont effectivement motivés par les normes, Ross peut tenter de décrire les normes en termes de forces actives dans le psychisme des juges. Il s'agit alors de l'étude d'un psychisme, d'une étude empirique, de l'étude d'un «is» et non d'un «ought», d'un «être», et non d'un «devoir être». Or, que fait Ross ? Il décrit les normes comme il est normal de le faire dans la première hypothèse, tout en leur assignant le rôle qu'elles jouent dans la seconde. Il emploie les avantages argumentatifs de ces deux hypothèses mais sans tenter de fonder aucune d'elles, comme si cette question était sans importance pour sa propre théorie. Aussi aboutit-il à une confusion entre deux approches très différentes l'une de l'autre de la théorie du droit; celle des américains, qui cherchent à «prédire» et celle de Kelsen, qui étudie les lois de l'univers normatif, du discours juridique rigoureux.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 40: «...the interpretation of the doctrinal study of law presented in this book rests upon the postulate that the principle of verification must apply also to this field of cognition, that the doctrinal study of law must be recognized as an empirical social science».

ses assertions) — la doctrine juridique est déjà une science empirique ⁽²⁰⁾.

II

CRITIQUE DE LA THEORIE DE LA VALIDITE DE ROSS

I. LE JUGE.

Pour Ross, un système national de droit valide consiste en ceci: «the norms which actually are operative in the mind of the judge, because they are *felt* by him to be socially binding and therefore obeyed» ⁽³⁰⁾.

Dans sa théorie, les expressions «norme valide», «norme efficace», «norme obéie par le juge», sont strictement équivalentes.

A présent, nous allons critiquer ses résultats sans nous préoccuper plus longtemps de la manière dont il les obtient.

L'efficacité des normes juridiques.

Pour Ross, la norme est efficace seulement par son application judiciaire ⁽¹⁾. En est-il ainsi ? Quand donc disons-nous qu'une action, par exemple, est efficace ? N'est-ce pas lorsqu'elle réalise ses objectifs, lorsqu'elle fait subir au milieu dans lequel elle s'accomplit les modifications souhaitées ?

Et d'une norme juridique, quand dirons-nous qu'elle est efficace ?

⁽²⁰⁾ Le mot «empirique» conserve exactement le même sens ici qu'il a dans toutes les sciences naturelles. Kelsen, lui aussi, déclare que la «science pure du droit» est une science empirique (KELSEN, *Eine «Realistische» und die Reine Rechtslehre*, p.5) mais étant donné que pour lui la doctrine s'exprime à juste titre dans un discours normatif, qui rend compte du sens des normes, le mot «empirique» a un sens différent de celui qu'il reçoit dans l'expression: «la chimie est une science empirique». Ross exige d'ailleurs un discours doctrinal à l'indicatif pour éliminer cette différence, essentielle, selon Kelsen, entre la science du droit et les sciences de la nature.

⁽³⁰⁾ *On Law and Justice*, p. 35.

⁽¹⁾ La condamnation des délinquants peut fort bien, dans certains cas, recouvrir un échec du point de vue de la fiscalité. Ainsi en est-il pour les délinquants insolvables ! On peut d'ailleurs soutenir que l'existence de nombreux procès concernant une même norme prouve le peu d'efficacité de celle-ci puisqu'elle est souvent enfreinte.

Sera-ce quand elle aura donné lieu à de nombreux procès au cours desquels on l'aura appliquée ? Une loi, par exemple, qui prévoit un nouvel impôt ne vise-t-elle pas avant tout à faire entrer de l'argent dans les caisses de l'Etat et, en vue de ce résultat, à assurer le paiement de cet impôt par les citoyens ? Tel est son but et, s'il est réalisé, la loi est efficace. Il le sera si les juges condamnent ceux qui se dérobent à leurs obligations légales, mais il le sera mieux encore, si les citoyens paient l'impôt, quand même ce serait dans la crainte d'un procès et des sanctions qu'il peut entraîner.

Ainsi une loi est parfaitement efficace précisément dans le cas où aucune infraction n'est commise et, par conséquent, aucune poursuite intentée. Or, pour Ross, une telle loi n'est ni efficace, ni valide, ni obéie du point de vue du juriste. Cette position est bien étonnante de la part d'un «réaliste», comme le fait remarquer ironiquement Kelsen (*).

Difficultés «logiques» de la thèse de Ross.

Nous avons fait remarquer (cf. supra) qu'il n'était pas sûr que l'étude des «normes» suffisait pour permettre la compréhension du comportement des juges. (C'est toute l'étendue des problèmes soulevés par les réalistes américains.) Nous allons nous demander à présent si l'observation du comportement des juges permet d'appréhender un système national de normes juridiques.

a.- Cette façon de voir procède comme si nous savions déjà qui est le juge. Mais le juge ne porte sur le front aucune marque divine qui l'investirait en cette qualité. Il serait nécessaire de connaître d'abord le droit pour savoir ce que l'on veut dire par le juge.

b.- Si toutes les sources du droit créent seulement une conjecture plus ou moins probable, quant à la manière dont le droit s'établira effectivement, nous devons aussi «avalier» cette inévitable conséquence que le droit n'est pas formé de règles, mais consiste en la somme

(*) *Eine «Realistische» und die Reine Rechtslehre*, Kelsen écrit: «...und daher die Wirksamkeit nicht nur in seiner tatsächlichen Anwendung sondern auch in seiner tatsächlichen Befolgung erkennen. Die Ablehnung des Begriffs einer Wirksamkeit, die in der Befolgung der Rechtsnormen besteht, ist insbesondere vom Standpunkt einer psychologisch-soziologischen Rechtslehre die die von Ross postulierte realistische Jurisprudenz sein will, kaum rechtfertigbar, da ja der Zweck der Sanktionen vorschreibenden Rechtsnormen ist, die die Sanktionen bedingenden Delikte zu verhindern».

totale de toutes les décisions judiciaires particulières en tant que telles.

c.- Le juge déclarera... s'il est vrai que les règles que j'applique sont de droit, *elles ne sont pas le droit parce que je les applique, mais je les applique parce qu'elles sont le droit...* vous voulez savoir ce qu'est une poule ? C'est ce qui sort de l'œuf. Mais qu'est-ce qu'un œuf ? C'est ce qui sort d'une poule... Mieux vaut dire immédiatement ce qu'est une poule ⁽³⁾.

Ces objections soulignent le caractère circulaire de cette théorie. Si nous les présentons sous cette forme un peu décousue, c'est que nous les extrayons d'un ouvrage... d'Alf. Ross, publié en 1946.

A cette époque, Ross concevait déjà la science juridique comme une psycho-sociologie, mais refusait énergiquement de la limiter à une psycho-sociologie du juge ⁽⁴⁾.

Pour nous, ces objections restent parfaitement valables contre Ross, aujourd'hui. Ross, pour sa part, les rejette de la façon suivante, dans son dernier ouvrage: «the test of the validity is that the system in its entirety as a scheme of interpretation, makes us to comprehend not only the manner in which the judges act, *but also that they are acting in the capacity of JUDGES* ⁽⁵⁾».

⁽³⁾ Alf. Ross, *Toward's a realistic jurisprudence*, p. 61.

⁽⁴⁾ Alf. Ross, *Toward's a realistic jurisprudence*, p. 78 & seq. Dans cet ouvrage Ross démontre que la position des réalistes américains est anti-nomique et la rejette, mais il ne rejette pas la thèse psychosociologique impliquée par cette position. Il ne faut pas interpréter le revirement qu'opère Ross dans son dernier livre comme un approfondissement dans le sens du «réalisme» (on pourrait le croire, se disant que sa théorie est à présent inductive puisqu'elle part du juge pour retrouver le droit, au lieu de partir, par exemple, de la Constitution, pour déduire la validité des normes, mais, on aurait tort, parce que Ross ne s'attache au juge que pour prévoir son discours justificatif). Ross s'est finalement, malgré les apparences, rapproché de la conception analytique et éloigné de l'école réaliste dont il a seulement adopté l'idée de la prévision.

N.B. Dans *Toward's a Realistic Jurisprudence*, Ross oppose au schéma américain sa propre explication du droit. Le droit se fonde sur 3 faits: 1° une attitude de comportement intéressée, c.-à-d. une impulsion de crainte de la sanction; 2° Une attitude de comportement désintéressée portant le cachet de validité; 3° interaction effective, inductive entre ces deux facteurs qui fait que le premier cause et stabilise le second-et vice-versa. Le phénomène légal est ici conçu comme un ordre social défini par quatre facteurs. Le 1° et le 2° ci-dessus, un système de contrainte et l'établissement des normes par l'autorité (p. 79 et seq., p. 88 et seq.).

⁽⁵⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 36.

Nous reviendrons sur la valeur de cette réponse du Ross de 1958 au Ross de 1946.

L'Introspection judiciaire.

Un système national de normes fournit selon Ross le schéma d'interprétation du comportement du juge. Pourquoi ? Parce que les normes sont opérantes dans l'esprit du juge ! Pourquoi le sont-elles ? Parce que le juge «sent» et *éprouve* le système comme obligatoire, comme valide.

Comment Ross justifie-t-il le recours à ce sentiment ? Ross part du jeu des échecs pour nous faire remarquer qu'une observation strictement «behaviouriste», c.à.d. extérieure, ne nous permettrait pas de déterminer les règles valides de ce jeu ⁽⁶⁾.

De même, nous pourrions prendre pour une norme juridique un simple usage judiciaire. Si, par exemple, pour un délit, alors que la loi permet au juge de choisir entre une peine de prison et une amende, les juges n'infligent que des amendes, nous prendrions cet usage pour une norme.

L'avance du pion de la Tour ne se joue-t-elle jamais comme premier coup d'une partie, dans ce cas quel intérêt cela présente-t-il de savoir que ce coup est permis ?

Se joue-t-elle parfois, mais rarement (un débutant, un mauvais joueur), le «behaviouriste» l'observera et remarquera l'absence de réaction du partenaire (réaction caractéristique devant un coup non pas mal joué comme ici, mais *incorrect*), il notera que ce coup est permis mais rare. Outre que l'objection méthodologique faite par Ross au «behaviourisme» n'est pas satisfaisante, on voit mal pourquoi, du point de vue où se place Ross, il doit pouvoir distinguer entre une norme valide et un usage judiciaire. Le droit valide est, selon lui, celui des jugements; dire ce droit, c'est prédire correctement les jugements futurs; dès lors si, dans le cas du délit de notre exemple, les tribunaux négligent habituellement l'autre possibilité que leur donne la loi, l'observateur «behaviouriste» prévoira mieux que celui qui aura «interrogé» le juge.

Bref, cette justification n'est pas la raison profonde de l'attitude de Ross. La raison pour laquelle le sentiment du juge est introduit par lui, est la suivante: la «valeur», «la validité» peut ainsi être

⁽⁶⁾ *Ibidem*, p. 16. Cf. notre introduction p. 60.

ramenée à un simple état psychologique, à une émotion, un vécu ayant le «cachet» de validité⁽⁷⁾, ce vécu n'étant après tout qu'un «fait», qu'un «être», et non un «devoir être», un «sein» et non un «sollen».

Négligeons la justification de Ross, voyons ses résultats. Ce «sentiment» nécessaire à la construction du réel juridique Rossien existe-t-il ? Est-ce que, lors de chaque jugement, ce sentiment est vécu ?⁽⁸⁾ Notons d'abord que Ross ne fournit pas même un commencement de preuve à l'existence de cet état d'âme particulier. Il écrit simplement: «To my mind it must be assured behind a doubt (even though I must admit that it is difficult to provide chapter and verse)...»⁽⁹⁾

Il ne nous semble pas indispensable de concevoir le juge comme un être mû par un sentiment du devoir, le juriste comme un pur savant. Il peut y avoir des deux chez les deux.

Peut-être l'éthique du juge n'est-elle, après tout, qu'une déontologie. Dire le droit valide, la «bonne» solution, cela signifie peut-être simplement pour le juge *bien* faire son métier, et non faire *le bien*. Il faut concevoir les choses ainsi spécialement si, et c'est le cas de Ross, l'on s'attache à prédire la seule forme du jugement, c'est à dire, la justification juridique du juge et non ses mobiles, absents des attendus. Si l'on s'attachait, par contre, comme les réalistes américains, à prédire une décision *concrète*, le sentiment du juge prendrait sans doute beaucoup plus d'importance, mais ce ne serait plus le même sentiment. Si, comme ils le croient, le juge décide d'abord en la cause, et justifie ensuite en droit, comment dire qu'il respecte le droit comme la finalité de ses actes, au contraire il le méprise d'une certaine manière, puisqu'il s'en sert comme d'un simple moyen en vue de réaliser des buts étrangers au droit⁽¹⁰⁾.

(7) Alf. Ross, *Toward's a realistic jurisprudence*, p. 88 et seq.

(8) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 53. Ross écrit à ce propos: «...the judge is motivated by desinterested impulses, pure feelings of duty...».

(9) *Ibidem*, p. 54.

(10) Notons qu'un très bon juge peut fort bien ne pas être convaincu de la «valeur» du droit qu'il applique. Bien des juges sont des sceptiques, par exemple, ou des «positivistes» qui ne confondent pas droit valide et droit valable.

II. LA SCIENCE JURIDIQUE.

1. *Le droit est-il systématique ?*

La position de Ross devant cette question n'est pas facile à établir. Ross nous parle du «système» national, tantôt comme d'un ensemble d'idées présent dans l'esprit du juge, tantôt comme du schéma d'interprétation de son comportement. Il écrit, par exemple: «A national system of norms, considered as a valid system of norms, can accordingly be defined as the norms *which actually are operative in the mind of the judge*»⁽¹¹⁾. Donc, l'idéologie du juge est en soi systématique. Mais il écrit aussi: «the doctrinal study aims to discover the idea content... the ideology which functions as the scheme of interpretation for the law in action, and to present this ideology as an integrated system»⁽¹²⁾. Donc la doctrine *présente* l'idéologie du juge comme un système.

D'autre part, lors du Colloque de Louvain en 1958, dont les travaux ont été rapporté dans cette même revue, Ross déclarait, s'opposant à Kelsen: «on peut concevoir que la validité d'une norme repose seulement sur *l'existence effective* de cette dernière. Dans ce cas, il est possible que deux normes soient *contradictoires* et *existent simultanément*. L'unicité de l'ordre juridique en sa totalité *n'est qu'une conséquence* du système de M. Kelsen, non pas une exigence première inhérente à la nature même du droit»⁽¹³⁾.

Bref il n'est pas facile de démêler si, pour Ross, le droit est systématique ou systématisé par la doctrine ou encore si, ni le droit, ni la science juridique ne sont systématiques. Notons que dans la cohérence générale de la pensée de Ross, on voit mal que le schéma d'interprétation présenté par la science juridique pour un droit donné, puisse être autre chose que son exacte représentation. Peut-être Ross pense-t-il seulement à une présentation systématique d'une matière qui ne l'est pas.

Quoi qu'il en soit, Ross présente deux critères de vérification de la validité des normes, primo, la compréhension des actes du juge, et il s'agit alors du «système» de normes, secundo, l'observation des jugements en vue de vérifier une prédiction et il s'agit alors d'une norme individuelle.

Ross ne songe pas à justifier spécialement cette dualité de critères. Nous pensons qu'elle nous permettra de comprendre la présence de

⁽¹¹⁾ Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 35.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 19.

la notion de système dans sa théorie, alors qu'il semble pourtant répugner à admettre l'unicité du droit. En effet, si l'assertion de la validité d'une norme sera vérifiée par un jugement futur qui l'appliquera, on ne saurait vérifier de la même manière l'assertion qui porte sur la norme qui investit le juge en cette qualité.

Parce qu'il faut évidemment qu'il y ait d'abord un juge pour pouvoir prévoir sa conduite et, dans ce cas-ci, le juge ne préexiste pas à la norme puisque c'est elle qui lui donne son existence ! Nous sommes enfermés dans un cercle. Voilà pourquoi Ross parle de système; un système peut très bien être circulaire. Ross déclare dans une note: «there is no Archimedes point for the verification, no part of the law which is verified before any other part» (14).

Mais si aucun point n'est vérifié avant aucun autre, il nous semble gratuit de choisir le juge comme point d'Archimède. Et, si se donner le juge, c'est aussi, et du même coup, se donner tout le «système», les lois et le parlement, la Constitution et l'assemblée constituante etc... on ne peut plus maintenir sérieusement que la science juridique a pour objet unique le comportement judiciaire et le sentiment du juge !

2. *La doctrine juridique: une science au même titre que la physique ou la chimie* (15).

Voyons à présent la théorie de la vérification des assertions doctrinales, qui porte la doctrine juridique au rang de véritable science.

Ross écrit: «It is a principle of modern empirical science that a proposition about reality... must imply that by following a certain mode of procedure, under certain conditions, certain direct experiences will result. The proposition, for exemple, «this is chalk» implies that if I place the object under a microscope certain structural qualities shall appear...» (16).

(13) *Logique et analyse*, janvier 1959, p. 42.

(14) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 36, note 3.

(15) Ross expose sa théorie de la science juridique empirique à propos des normes individuelles, le «système» des normes ayant servi à justifier le caractère circulaire de cette théorie comme nous venons de le dire. On peut vérifier l'assertion de validité d'une norme «individuelle» isolée nous dit Ross, mais cela implique une référence au système comme un tout. Ce «tout» sert essentiellement à assurer l'identification du juge; nous ne reviendrons plus sur ce point.

(16) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 39.

Quel est le contenu réel des assertions doctrinales ? Voici: «the real content of doctrinal propositions refers to the activities of the courts under certain conditions» (17).

Notons qu'il nous semble que Ross n'est pas conséquent quand il fait porter l'assertion doctrinale sur le jugement; il aurait dû la faire porter sur l'idéologie du juge (dans la cohérence de sa propre pensée s'entend).

Dans la pensée de Ross, en effet, l'idéologie du juge est la cause du jugement. Ross refuse d'être strictement «behaviouriste», toute sa théorie se fonde sur une conception de l'esprit du juge; il écrit: «in his spiritual life, the judge is governed and motivated by a normative ideology» (18).

Cette idéologie, Ross la conçoit comme un *fait*: «... certain social realities, a certain content of normative ideas as actually experienced», (19) et, en tant que fait, elle pourrait donc faire l'objet «d'assertions» représentatives du réel. Sans doute ce fait inobservable *directement* a-t-il semblé à Ross offrir moins de garanties d'objectivité à sa théorie, et c'est pourquoi il lui a préféré ce fait *directement* observable: le jugement (20).

Examinons à présent quelques difficultés que présente la théorie de la vérification des normes individuelles. Ross nous dit: «even after one or more legal decisions have been given which verify A (assertion doctrinale), A continues to be in principle an uncertain principle regarding legal decision in the future. The question of the truth of A is still in no way definitely settled. Let «At» represent the assertion «A» put forward at the time «t». A subsequent legal decision at the time «t₁» certainly verifies «At» but not «At₁» (21).

Par cette conséquence, la théorie aboutit à une discontinuité du savoir juridique. La vie d'une assertion semble devoir durer jusqu'en moment du jugement qui la vérifie. A ce moment précis, elle est vérifiée avec certitude mais, en même temps que sa vérité se trouve

(17) *Ibidem*, p. 40.

(18) *Ibidem*, p. 74.

(19) *Ibidem*, p. 9, note 4.

(20) Voici une autre raison pour laquelle Ross fait porter l'assertion doctrinale sur le jugement et non sur l'idéologie. Si la doctrine portait sur l'idéologie du juge, elle décrirait une idéologie normative, c.-à-d. des significations normatives. Or, Ross veut éviter cela à tout prix de peur de retomber dans les voies de la «Reine Rechtslehre» qui, précisément, assigne cette mission à la doctrine.

(21) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 42.

assurée, elle «meurt», elle porte sur un droit mort ! Car, si nous voulons la maintenir, elle nous reporte vers l'avenir, l'incertitude, la vérification, etc...

Conséquence inévitable, puisque Ross a fait porter l'assertion sur un «événement». L'événement se produit-il, nous avons prédit correctement et, dans cette perspective, prenons-en note, avec une correction ou une fausseté absolue puisque seul cet événement était prédit.

Cette première difficulté, Ross y aurait échappé s'il avait fait porter les assertions doctrinales non sur des «événements», mais sur une idéologie.

Il nous aurait en même temps permis de donner un sens à son affirmation qu'une loi qui n'a pas encore été appliquée a cependant pu être valide: «a statutory provision which has been in force only a short time without having been applied has been valid law during the period in question»⁽²²⁾. Il est évident que cette affirmation reste difficilement compréhensible si l'on identifie la validité et l'application judiciaire des normes⁽²³⁾.

Dans une autre perspective où il se place ensuite, Ross oublie ce morcellement temporel des prévisions. Il écrit en effet: «It can also be said that a rule can be valid *to a greater* or *less* degree varying with the degree of probability with which it can be predicted that the rule will be applied»⁽²⁴⁾.

Nous avons à présent des prédictions dotées d'un degré de probabilité. Ross nous dit même que les normes, elles-mêmes, ont un degré de validité. Comment entendre cela ? Est-ce à dire que l'efficacité (c.-à-d. la validité pour Ross) des normes varie de l'une à l'autre, que le code de la route, par exemple, plus souvent appliqué que le code pénal, est plus efficace, plus valide que ce dernier ? Non, sans doute (on voit bien que selon cette interprétation, la probabilité de l'assertion est sans rapport avec celle de l'application).

Kelsen, dans un article consacré à la théorie de Ross, interprète ce passage de la manière suivante⁽²⁵⁾; l'efficacité d'une loi, ce n'est pas son application pure et simple, mais bien son application dans

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 41.

⁽²³⁾ Si la doctrine portait sur l'idéologie, cette affirmation aurait une portée très claire. La loi en question peut très bien, en effet, avoir été intégrée à l'idéologie judiciaire sans que des procès se soient présentés. De même, toute loi, entre deux procès qui l'appliquent, fait partie de l'idéologie du juge.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 45.

⁽²⁵⁾ H. KELSEN, *Eine «Realistische» und die Reine Rechtslehre*.

les cas où elle *doit* être appliquée. Dès lors, il se peut qu'une loi, qui nous semble devoir être appliquée, ne l'est pas par tel ou tel juge, de même une loi a pu être valide pendant l'intervalle qui sépare sa promulgation de son application judiciaire.

Mais c'est introduire un «devoir être», un «sollen» dans l'idée de validité (ce que Ross rejette énergiquement). Et Kelsen a beau jeu, dès lors, de déclarer que Ross s'est contredit: «Sagt man: eine Rechtsnorm ist gültig auch in ein Falle, in dem Sie nicht angewendet wird, wenn Sie nur in anderen hinreichend zahlreichen Fallen angewendet wird, hat man die Identität von Geltung und Wirksamkeit aufgegeben, unterscheidet man Soll-Geltung von Seins-Wirksamkeit»⁽²⁶⁾.

Mais Kelsen traduit l'idée de probabilité de Ross par celle de vraisemblable et nous pensons qu'il a tort. Il faut entendre que Ross, prenant pour modèle les sciences modernes, parle de probabilités au sens propre; c'est la seule façon de comprendre pourquoi, selon Ross, l'assertion prédictive a le même degré de probabilité que la norme dont elle prédit l'application.

Prenant alors au sérieux l'affirmation de Ross, nous devons nous représenter les choses de la manière qui suit. Nous (les juristes) posons que telle norme est valide. Si nous divisons le nombre des cas dans lesquels les juges l'ont appliquée par le nombre des cas dans lesquels ils l'auraient appliquée si sa validité avait été absolue, nous trouvons un nombre qui représente la fréquence d'application passée de la norme et, si rien ne change, la probabilité de notre assertion pour l'avenir. Si à l'avenir, les jugements se distribuent selon la même fréquence, notre prédiction est vérifiée ! Notons que ce genre de travail a été réalisé par certains auteurs américains dans des cas concrets⁽²⁷⁾.

Mais si les prédictions ne concernent l'application d'une norme que pour autant que les juges en invoquent les termes, il faut bien dire que ce travail de vérification ne donnerait pas des résultats très intéressants. Voyons un exemple. Soit la norme à vérifier «les voleurs doivent être emprisonnés» et le contenu réel de l'assertion correspondante: des personnes seront emprisonnées par les juges si ceux-

⁽²⁶⁾ H. KELSEN, article cité, p. 27. «Dit-on: une norme juridique est valide même dans un cas dans lequel elle n'est pas appliquée, pourvu qu'elle soit appliquée dans de nombreux autres cas relevant, on a abandonné l'identité entre validité et efficacité, on distingue entre validité devoir-être et efficacité-être».

⁽²⁷⁾ FRIEDMAN, *Legal theory*, Londres, 1953. Dans cet ouvrage Friedman cite ces auteurs et leurs travaux.

ci les considèrent comme des voleurs. Les seuls cas qui sont «défavorables» sont ceux où les juges, bien que qualifiant le délit de vol, n'appliqueraient pas les sanctions (sans invoquer, cela va de soi, d'autres règles légales). Il serait bien étonnant que la validité ne soit pas absolue dans cet exemple. Notons que cela ne nous donnerait pas la certitude que la norme en question est toujours appliquée puisque les cas où les juges, pour épargner certaines personnes, qualifieraient autrement leurs actes, ne figureraient pas dans notre programme de vérification.

Cela signifie pour Ross que la *loi* agit très fort sur l'esprit des juges. Il n'en irait pas de même, selon lui, pour la coutume où le précédent, ici la validité, serait vraiment relative. Prenons le cas du précédent (en droit anglais par exemple). Supposons que nous ayons prédit l'application d'une règle fondée sur des précédents; or il se trouve que certains juges ne nous suivent pas, et voient dans ces précédents une *autre* règle. On voit bien qu'il ne s'agit pas de «validité relative» et que le problème est lié au fait que les précédents sont une source de droit vague, voire ambiguë. Si, dans ce cas, il peut paraître qu'il y a probabilité ou relativité de notre prédiction, c'est parce que nous avons eu le tort de choisir une des interprétations possibles au détriment des autres. Bref, il s'agit d'un problème d'interprétation. Ross d'ailleurs, quand il étudie l'interprétation, déclare que ce n'est pas le rôle du juriste de trancher entre plusieurs interprétations, mais celui du juge et que dès lors, le juriste aurait tort de prédire telle interprétation plutôt que telle autre⁽²⁸⁾.

De plus, selon Ross, nous prédisons l'application des *normes*; que le juge interprète une norme d'une manière ou d'une autre, il l'applique, et c'est ce qui importe pour en vérifier la validité.

Il faut admettre d'autre part que Ross est amené malgré lui à dissocier la notion de l'efficacité judiciaire des normes de celle de leur validité. La validité entendue comme une fréquence d'application étant, en effet, nécessairement distincte de l'application, finalement elle est un nombre abstrait obtenu en divisant l'un par l'autre deux nombres de jugements.

Comment concevoir enfin, d'après la théorie de Ross, la possibilité de critiquer un jugement intervenu? Comment dire qu'un jugement n'est pas correct, qu'il n'est pas valide. Ross nous dit: «critiquer un jugement en tant qu'il n'est pas conforme au droit valide, cela signifie simplement prédire qu'à l'avenir on jugera autrement» (p. 49).

(28) Alf. Ross, *On Law and Justice*, p. 134 et seq.

Nous ne sommes nullement satisfaits par cette réponse; voici pourquoi:

Plaçons-nous au premier point de vue de Ross à propos de sa théorie de la vérification, celui qui nous découvrirait une doctrine que nous nommions discontinue.

Au temps «t», j'ai prédit une décision, au temps «t₁» ma prévision est infirmée par un jugement. Que puis-je faire? Soit corriger mon assertion devant le fait nouveau, soit la maintenir, c.à.d. poser une *nouvelle* assertion et attendre une nouvelle vérification. De toutes façons, je n'ai pas à critiquer un jugement. Le critiquer ce serait agir comme un chimiste qui critiquerait les structures de la craie (dans l'exemple de Ross) apparues au microscope au nom de l'idée qu'il s'en faisait!

Plaçons-nous au second point de vue de Ross, celui de la validité à degrés. Ici nous prédisons une validité relative avec une certaine probabilité. Par exemple, que sur dix jugements à intervenir, six appliqueront la norme «A». L'observation des jugements montrera si nous avons prédit avec une probabilité correcte, un point c'est tout. Mais jamais, nous ne pourrions critiquer un jugement qui rejette la norme «A»; il faut bien, en effet, que certains jugements la rejettent si l'on prétend que sa validité n'est pas absolue!

Bref, aucune critique n'est possible. Quoi d'étonnant d'ailleurs? Conçoit-on qu'un savant critique des événements, des faits? Il ne saurait critiquer autre chose qu'une théorie. On ne dialogue pas avec des faits et on ne critique pas sans dialogue.

Pourtant, les juristes critiquent certains jugements. Pourquoi? Afin de proposer ou de maintenir une cohérence du système juridique qui écarte précisément ces jugements. Souvent une autre manière de maintenir cette cohérence coexiste, parce que justement la cohérence en droit n'est pas un donné mais plutôt un objectif à atteindre.

En outre, les ouvrages des jurisconsultes sont étudiés par les juges et invoqués devant eux. Ross rend compte de cette influence des travaux de la doctrine et nous explique que, dans les sciences sociales⁽²⁰⁾, la prédiction modifie le donné, mais c'est pour conseiller aussitôt aux juristes de rester objectifs et de ne pas chercher à influencer les juges.

⁽²⁰⁾ Alf. Ross, *Opus cité*, p. 47. Ross cite l'exemple suivant: «En 1950, on prédisait pour le mois de juin la marche des Communistes sur Berlin. Cette prédiction était peut-être vraie, mais le fait qu'elle ait été publique a permis aux puissances occidentales de prendre des mesures dont l'effet fut de supprimer la vérité de cette prédiction».

Bref, le juriste doit désormais se contenter d'être le statisticien des jugements futurs. Il doit cesser d'être un éducateur pour devenir une sorte de météorologiste de la jurisprudence. Les juges seraient les premiers, faut-il le dire, à subir les inconvénients de cette conversion.

CONCLUSIONS

Les philosophes du droit «positivistes» sont unanimes à rejeter l'idée du droit naturel. Ils sont d'accord pour dire qu'il n'existe que des systèmes de droit positif. Mais chacun résout autrement le problème des critères de l'existence des règles du droit, répond autrement à cette question: qu'est-ce qu'un droit positif? Pour Kelsen, par exemple, la norme juridique «existe» quand elle est «valide», c.à.d. conforme à la norme qui lui est immédiatement supérieure. En remontant de proche en proche on trouve la constitution, dont la validité résulte de sa conformité à la norme fondamentale qui est une norme «supposée».

Pour les réalistes américains, le droit n'existe qu'au niveau des décisions particulières des juges.

Pour Olivecrona, le droit se ramène à la contrainte sociale et aux réactions psychologiques qu'elle entraîne ⁽¹⁾. Pour Ross enfin, le droit, ce sont les normes invoquées par les juges animés d'une idéologie normative.

Autant d'auteurs, pourtant tous positivistes, autant de critères de la positivité du droit!

Ces auteurs ont un trait commun. Leurs théories ne cherchent pas à nous permettre de décider si tel droit positif est un droit juste. Or, il nous semble que cela peut être important pour décider si une règle est positive ou ne l'est pas. Lorsque l'édifice constitutionnel vacille, on s'en rend facilement compte. Quelles étaient les règles positives valides, en Belgique pendant l'occupation, celles posées par les secrétaires généraux à la dévotion de l'occupant ou celles du gouvernement belge installé à Londres? L'insuffisance du positivisme se manifestera dans notre exemple par le fait que, selon le critère de chaque auteur, la réponse sera différente, ce qui signifierait à la limite qu'un droit peut à la fois être positif et ne pas être positif, ce qui est absurde.

(1) OLIVECRONA, *Law as a fact*.

Remarquons aussi que, bien que ces auteurs déclarent ne vouloir s'attacher qu'à une étude strictement empirique du droit tel qu'il est, tous sont entraînés à faire reposer le droit positif sur « autre chose ». Ainsi Kelsen doit supposer une « Grundnorm » extra-juridique.

Ross, une « psychologie » du juge qui explique la « valeur » du droit. Pourquoi ? Parce qu'il n'est pas possible de réfléchir à propos du droit comme s'il était une réalité isolée. Et cela, parce que le droit est effectivement intégré dans une totalité sociale plus vaste.

Une conception nouvelle du droit modifie le droit et pas seulement la conception que nous en avons. Par exemple, la croyance à l'existence de droits naturels a modifié les législations et cela parce que le droit, comme l'idée que nous en formons, naît et se développe dans un contexte social historiquement déterminé.

Le même phénomène se reproduit à l'intérieur d'un système national de droit.

Une nouvelle interprétation d'un texte déjà ancien modifie ce texte, c.à.d. que le raisonnement juridique peut parfois aboutir à ce résultat que les conséquences de ce raisonnement en modifient les prémisses !

Le droit réalise, par ses institutions et ses règles, une sorte de cristallisation de la finalité pratique des groupes sociaux qu'il régit. Il faut abandonner l'espoir d'en acquérir l'intelligibilité en dehors de cette finalité pratique.

Quant à la théorie de la validité de Ross elle est, nous semble-t-il, une tentative de synthèse entre les idées de H. Kelsen et celle des réalistes américains, entre deux visions positivistes, la première analytique, la seconde pragmatique. Mais les deux points de vue ne s'intègrent pas facilement.

Ross a tenté de réunir ces deux manières de concevoir l'existence du droit. Au niveau de « Toward's a realistic jurisprudence » il l'a fait en présentant des composantes psychologiques qui devaient rendre compte du droit à la fois comme sanction et comme validité. Dans son dernier livre, il a trouvé une solution plus élégante mais peu satisfaisante, nous l'avons montré. Il rapproche infiniment l'univers de Kelsen de celui des réalistes, un peu comme Descartes rapprochait l'âme du corps dans la glande pinéale. La glande pinéale d'Alf. Ross, c'est le juge. Grâce au juge, Ross croit pouvoir concentrer sur un être unique la validité et l'efficacité, la valeur et le fait. Mais il ne s'agit pas d'une synthèse puisque l'acte du juge reste distinct de l'idéologie qui l'entraîne à agir. Au fond, le juge d'Alf. Ross,

ce serait celui des réalistes américains doté d'une idéologie kelsénienne !

Le droit est un système de normes mais il est un fait; ces deux composantes sont les deux versants de l'acte du juge. Nous avons montré les difficultés auxquelles cette conception nous entraîne, mais même si ce modèle de Ross était parfaitement cohérent, serait-il avantageux ? Il nous paraît qu'au lieu d'accumuler les avantages des deux points de vue qu'il concilie, il a perdu les avantages de l'un et de l'autre.

Il ne retrouve pas la rigueur que confère à la science du droit la doctrine de Kelsen, puisque le juge de Ross, bien qu'il soit motivé par une idéologie kelsénienne, n'est tenu d'être rigoureux que dans l'exacte mesure où il l'est en fait. Ses jugements sont le critère de la validité, quand même ils ne seraient pas valides d'un point de vue kelsénien. Il ne retrouve pas non plus ce qui fait l'apport des américains, à savoir la tentative de prédire concrètement les décisions judiciaires en transformant pour cela radicalement les tâches doctrinales, puisque la science du droit telle qu'il la conçoit prédit seulement la «forme» que prendra la décision du juge, et le discours par lequel il la justifiera.

Tels nous ont paru être les difficultés et les inconvénients que présentait la théorie ingénieuse d'Alf. Ross.

Université de Bruxelles

J. MIEDZIANOGORA

LE COLLOQUE INTERNATIONAL DE VARSOVIE

du 13 au 23 septembre 1961

Le Département de Logique de l'*Institut de Philosophie et de Sociologie* de l'*Académie Polonaise des Sciences* organise à Varsovie, du 13 au 23 septembre 1961, un *Colloque international de Méthodologie des Sciences*, sous les auspices de la *Division de Logique, Méthodologie et de Philosophie des Sciences* (DLMPS) de l'*Union Internationale d'Histoire et de Philosophie des Sciences* (UIHPS). Le thème du colloque est: *The Concept of Foundation (Begründung) of Statements and of Decisions*. Le problème sera examiné notamment en rapport avec 1° les axiomes ou l'assertion des axiomes dans les systèmes déductifs, 2° les énoncés de base dans les sciences empiriques, 3° les énoncés fondés par induction, 4° les décisions dans la théorie statistique, 5° les décisions de nature rationnelle.

Les communications pourront être faites en Anglais, en Français, en Allemand et en Russe. Le comité envisage de couvrir les frais de séjour en Pologne (mais non les frais de voyage). Les participants sont priés de prévenir le Comité avant le 1 mai, et d'envoyer le texte de leur communication avant le 15 juin 1961. Adresse du Comité: *International Colloquy for Methodology of Sciences*, Palak Kultury i Nauki, pok. 1024, Warszawa, Poland. On peut aussi s'adresser au Secrétaire du DLMPS, M. Patrick Suppes, Serra House, Stanford University, Stanford, California, USA.