

# Hans Kelsen et la sociologie du droit\*

*Droit et Société 1-1985*

## Renato Treves\*\*

---

### Résumé

La sociologie a été présente, dès 1926, dans la Revue internationale de la théorie du droit de Kelsen, Duguit et Weyr. Mais cette discipline était considérée, comme on l'entendait alors en Europe, comme une discipline strictement liée à – ou directement dépendante de – la philosophie ou la théorie du droit. Cet article nous permet de comprendre que Kelsen est resté fidèle à l'anathème lancé contre la doctrine du droit naturel. De plus, Kelsen a fourni, en négatif, des contributions valides à l'étude de la nature et des devoirs de la sociologie du droit : il a, en particulier, facilité le développement d'une sociologie de l'idée de Justice.

---

### Summary

The Sociology of Law was present in the R.I.T.D. published by Kelsen, Duguit and Weyr since 1926. But this matter was considered the same way it was understood in Europe at that time, that is to say like a matter strictly linked – or in an absolute dependance – to philosophy and legal Theory. From this paper, we easily understand that Kelsen kept his fidelity to the anathema started against the Natural-Law doctrine. Moreover, Kelsen gave, in negative, good contributions to the study of nature and duties of the Sociology of Law : he particularly helped the further development of a sociology upon the idea of justice.

---

Ayant collaboré à la première série de la *Revue internationale de la théorie du droit* et ayant eu des rapports personnels de travail et d'amitié avec Hans Kelsen et Rudolf Metall depuis 1932-1934<sup>1</sup>, je crois pouvoir dire, non seulement sur la base des lectures que j'ai faites, mais d'expérience, que la Revue est demeurée fidèle au projet manifesté dans la Préface de 1926, de ne « réserver aucune place à la philosophie du droit dans le sens commun du mot, c'est-à-dire à la solution spéculative du problème de la justice, du droit

---

### L'auteur

Renato Treves, né en 1907, soutint en 1931 sa thèse de doctorat en droit sur sa doctrine saint-simonienne dans la pensée italienne du Risorgimento. Il enseigna la philosophie du droit successivement à Messine et à Urbino. Contraint à l'exil en 1938, il est nommé professeur de sociologie et de philosophie du droit à l'Université de Tucuman. Revenu d'Argentine à la Libération, il enseigne la philosophie du droit à Parme, puis à Milan, où il se voit confier bientôt une chaire de sociologie du droit.

Il est l'initiateur et le cofondateur du Comité de recherche en sociologie du droit de l'Association internationale de sociologie ; il est notamment l'auteur d'une *Introduzione alla sociologia del diritto*.

\* Traduit de l'italien par André-Jean et Nicole Arnaud CNRS.

\*\* Centro Nazionali di Prevenzione e difesa Sociale, Milan, Italie.

1. Sur mes relations avec Kelsen, engagées en 1932, voir ma préface à Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 11-21. Mes rapports avec Metall datent de 1934, avec la collaboration à la Bibliographie de la *Reine Rechtstehte*, publiée en appendice à *Kelsen, Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1934. Ils se poursuivront les années suivantes avec ma collaboration à la *R.I.T.D.*

juste et équitable, du droit naturel ou absolu ». Si la Revue a été fidèle à cette proposition, qualifiée dans la nouvelle préface d'« anathème » jeté contre la métaphysique jus naturaliste, elle n'a pas, à mon sens, été aussi fidèle à une autre résolution de 1926 : celle de développer une théorie pure « qui fait abstraction du fond matériel accidentel et varié que le droit accuse dans tel ou tel état ou dans la communauté des états civilisés ». Malgré la présence, à la direction de la Revue, de défenseurs de la théorie pure comme Kelsen ou Weyr, dans la première série de la Revue entre 1926 et 1939, furent publiés, en fait, de nombreux articles adoptant une position critique à l'égard de cette théorie et ouverts aux problèmes sociaux. Il suffit de penser que, dès la première année, on trouve : un article de Fritz Sander, l'auteur bien connu d'un « Kampfschrift » contre la doctrine pure, un article de Duguit, un article sur Duguit, un article de Georges Tasic sur Duguit et Kelsen dans lequel l'auteur soutient que, non seulement le premier, mais aussi le second, sont des chercheurs ouverts et sensibles aux problèmes d'ordre sociologique<sup>2</sup>.

Si, comme il résulte également de ces quelques indications, on peut dire que, dans la première série de la Revue, la sociologie du droit est présente et occupe la place qui lui revient, on doit toutefois reconnaître que cette discipline est considérée comme on l'entendait alors en Europe, comme une discipline strictement liée sinon directement dépendante de la philosophie et de la théorie du droit.

Après la dernière guerre, avec le grand développement de la sociologie générale et des recherches empiriques en Amérique comme en Europe, la sociologie du droit, comme on le sait, s'est dégagée des liens qui l'unissaient à la philosophie du droit, et a cherché à se présenter comme une discipline autonome, plus engagée dans la recherche empirique et plus sensible aux problèmes concrets de la société et de la culture. Et il me paraît opportun d'observer dans ce premier fascicule de la nouvelle série, plus ouverte que la précédente à la sociologie, que dans le futur, on ne pourra faire abstraction de l'enseignement d'aucun des maîtres qui collaborèrent avec compétence à la première série, à commencer par Kelsen lui-même, même si, de l'avis de beaucoup, un tel auteur « c'est l'antisociologie, puisque c'est l'homme de la science du droit pur, c'est le juriste, le normativiste pur »<sup>3</sup>.

Dans cet article je chercherai donc à expliquer comment Kelsen, dans son effort pour assurer la pureté de sa doctrine en la préservant des contaminations qui proviennent tant de la sociologie du droit qui considère le droit « comme un pan de réalité donné en nature grâce à la méthode scientifique causale »<sup>4</sup>, que des doctrines du droit naturel et de la sociologie générale (y compris le marxisme), a eu le mérite de relever l'erreur commune de ces deux ordres de doctrines, c'est-à-dire l'identification de l'être et du de-

2. G. TASIC, « Le réalisme et le normativisme dans les sciences juridiques », dans *R.I.T.D.*, I, 1926/27, p. 165 et suiv.

3. Selon Eisenmann, les juristes qui considèrent Kelsen de cette manière, ne connaissent pas « sérieusement » son œuvre : Ch. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », dans BATIFFOL, BOBBIO *et al.*, *Méthode sociologique et droit*, Paris, 1958, p. 60.

4. KELSEN, *Naupfprobleme der Staatsrechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Tübingen, 1923, p. III.

voir-être, et a donné en plus, en négatif, des contributions précieuses à l'étude des doctrines elles-mêmes. Plus précisément, il a présenté une conception de la sociologie du droit qui, ce me semble, répond mieux à ses exigences d'autonomie et correspond mieux aux récents développements des recherches empiriques, et a cherché en outre à poser les bases d'une sociologie de l'idée de justice qui renonce aux prétentions d'absolu propres aux doctrines du droit naturel et aux constructions systématiques de la sociologie générale (y compris, toujours, le marxisme).

Pour ce qui regarde la sociologie du droit, on ne peut pas ne pas se souvenir que, aux débuts du siècle, ses fondateurs, en identifiant l'être au devoir-être, niaient la distinction de la matière elle-même de la science juridique et tendaient à identifier les deux disciplines. En 1910, dans sa célèbre conférence sur « *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie* », Kantorowicz tend implicitement vers cette identification, en affirmant que la science du droit doit donner aux faits de la vie sociale un relief plus grand que cela n'a été fait jusqu'alors, et ne doit pas être considérée comme « une science de mots » qui épuiserait son activité dans l'interprétation littérale des normes juridiques, mais bien comme une science des valeurs (*Wertwissenschaft*) au service des fins de la vie sociale<sup>5</sup>. Trois années plus tard, en 1913, Ehrlich, dans la *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, va encore plus loin, en affirmant que la sociologie du droit, prise comme science des faits et non des mots, doit en pratique s'identifier avec la science du droit, en disant textuellement : « Du moment que le droit est un phénomène social, toute espèce de science juridique (*Jurisprudenz*) est une science sociale, mais la science du droit (*Rechtswissenschaft*) au sens propre du terme, est une partie de la science théorique de la société ou, ce qui revient au même, une partie de la sociologie. La sociologie du droit est donc la théorie scientifique du droit (*Wissenschaftliche Lehre vom Recht*) »<sup>6</sup>.

Contre cette tendance directe à identifier la science du droit avec la sociologie du droit, tendance insoutenable spécialement si l'on tient compte des récents développements des recherches empiriques, Kelsen, depuis ses premiers travaux, avait pris ses distances. Dans deux articles, de 1912 et de 1915<sup>7</sup>, il critique en fait de manière décisive le passage du factuel au normatif, du descriptif à la recherche des valeurs qu'on peut remarquer tant chez Kantorowicz, là où il affirme que la jurisprudence est considérée « comme une science des valeurs au service de la vie sociale », que chez Ehrlich, lorsqu'il dit que la règle de l'action sociale est une règle selon laquelle « non seulement on agit, mais encore on doit agir ». Et après avoir accompli ce passage il observe par exemple que la sociologie du droit ne peut prendre pour base le concept de droit qui est défini par la science normative du droit (science du devoir-être) et ne réussit par conséquent à trouver de critère valide ni de la sé-

5. H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1<sup>ère</sup> éd., 1911, dans Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962, p. 126.

6. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1<sup>ère</sup> éd., 1913, trad. anglaise *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, avec une introduction de R. Pound, Harvard Univ. Press, 1936, p. 25.

7. KELSEN a critiqué Kantorowicz dans la note « Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen », dans *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, p. 601-607, et Ehrlich dans un long essai « Grundlegung der Rechtssoziologie », dans la même revue, 1915, p. 839-876 ».

paration du droit et des autres ensembles de règles d'action, ni de la différenciation de l'ordre juridique et des autres ordres sociaux, ni de l'affirmation de l'autonomie propre de la sociologie du droit face aux sociologies des autres phénomènes sociaux.

Pour ces critiques portées contre Kantorowicz et Ehrlich, Kelsen a pu être considéré par beaucoup comme un ennemi de la sociologie du droit, mais, à mon avis, précisément en raison de ces critiques, il a été au contraire l'un des chercheurs qui a le mieux contribué à saisir la nature et les limites de cette discipline. On peut en trouver une confirmation non seulement dans le fait que la conception kelsénienne de la sociologie du droit colle mieux au récent développement des recherches empiriques étrangères par nature ou par méthode à la science du droit, mais aussi dans le fait que, dans ces mêmes années où il polémiquait avec Kantorowicz et Ehrlich, Kelsen se trouvait au contraire d'accord avec un autre fondateur de la discipline, non moins important que les deux précédents : Max Weber qui, entre temps, avait écrit sa « Rechtssoziologie » restée longtemps inédite et publiée seulement en 1922 comme chapitre 7 de l'œuvre posthume « Wirtschaft und Gesellschaft ».

Réfléchissant sur cette œuvre de Weber qu'il avait aussitôt soumise à un examen critique attentif<sup>8</sup>, Kelsen, quelques années plus tard, dans la *General Theory of Law and State* de 1945, affirme y avoir trouvé « la tentative la plus heureuse qui ait été faite pour définir l'objet de la sociologie du droit ». Je rapporte le long passage dans lequel Kelsen, résumant la pensée de Weber, résume aussi implicitement la sienne propre. Il cite avant tout ces mots de Weber : « Lorsque nous traitons de droit, d'ordre juridique, de règle de droit, nous devons nous attacher rigoureusement à la distinction entre le point de vue juridique et le point de vue sociologique. La science du droit est en quête des normes juridiques idéalement valides. C'est-à-dire... quel sens normatif doit être attribué à une proposition qui prétend représenter une norme juridique. La sociologie cherche au contraire à connaître ce qui arrive effectivement dans une société parce qu'il y a une certaine probabilité (chance) que ses membres croient dans la validité d'un ordre et orientent leurs comportements vers ce dernier ». Et après cette citation, il observe que, selon la définition wébérienne, « l'objet de la sociologie du droit est le comportement humain que l'agent a orienté vers un ordre pour cette raison qu'il le considère comme valide ; et cela signifie que l'individu, dont le comportement constitue l'objet de la sociologie du droit, considère l'ordre de la même manière que la jurisprudence normative considère le droit. Pour être objet d'une sociologie du droit, le comportement humain doit être déterminé par l'idée d'un droit valide »<sup>9</sup>.

La *General Theory* est aussi intéressante, ici, pour nous, parce que Kelsen, développant un concept déjà exprimé dans des essais

8. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1<sup>ère</sup> éd., 1922, 2<sup>e</sup> éd., 1928, ch. VIII, 5 27, p. 156-170.

9. ID., *General Theory of Law and State*, Harvard Univ. Press, 1945, p. 175-176.

antérieurs, y admet l'existence d'une pluralité de sciences du droit, dont la sociologie du droit, en détachant de l'opinion implicite contenue dans des passages d'autres œuvres, au nombre desquelles, par exemple, les deux éditions de la *Reine Rechtslehre* dans laquelle il dit que l'objet de la sociologie du droit n'est pas le droit lui-même, mais certains phénomènes naturels qui lui sont parallèles »<sup>10</sup>. On a dit, avec raison, que cette différence d'opinion est due au fait que le public auquel s'adresse la *General Theory*, à la différence de celui auquel s'adresse la *Reine Rechtslehre*, est un public de lecteurs formés « dans la tradition et l'atmosphère de la Common Law », partant plus intéressés et sensibilisés aux problèmes de la sociologie du droit. Mais, par ailleurs, on ne peut pas dire que l'admission d'une pluralité de sciences juridiques, au nombre desquelles figure la sociologie du droit, constitue pour Kelsen une nouveauté. Déjà dans les « Hauptprobleme », Kelsen considère comme possible cette pluralité, en affirmant entre autres que « le devoir des sociologues est de comprendre le droit comme une force de fait qui domine les masses ; comme un fait de psychologie des masses »<sup>11</sup>. Dans la critique qu'il adresse à Kantorowicz, qui remonte à la même période, Kelsen reconnaît l'intérêt que peut présenter pour le juriste une sociologie du droit qui examine les causes des normes juridiques dans la société où il s'insère<sup>12</sup>.

L'erreur qui consiste à ne pas distinguer l'être du devoir-être n'a pas seulement été commise, selon Kelsen, par les fondateurs de la sociologie du droit Kantorowicz et Ehrlich, mais aussi par les tenants des doctrines du droit naturel et les sociologues (ceux qui pratiquent la sociologie générale), marxistes y compris. Et il ne se limite pas à dénoncer cette erreur en mettant en relief les origines sociologiques des doctrines des jus naturalistes et les tendances jus naturalistes des doctrines des sociologues, mais il cherche aussi à éviter les conséquences qui en dérivent en signalant l'opportunité de développer une sociologie de l'idée de justice qui, en s'appuyant sur un relativisme fondamental, s'oppose aux prétentions d'absolu des doctrines indiquées ci-dessus.

Sur les origines sociologiques des doctrines des jus naturalistes, il faut rappeler le livre *Society and Nature* dans lequel Kelsen explique comment, à partir de l'interprétation animiste de la nature gouvernée par le principe de rétribution, est née l'idée de la nature comme société idéale d'où est dérivé, à son tour, un droit naturel pris comme droit absolument juste<sup>13</sup>. Et, revenant sur cet argument dans une œuvre plus spécifique, Kelsen explique avec force détails le fait que ces doctrines, en cherchant à déduire « de la nature de la société et aussi de celle des choses, des règles susceptibles de fournir une norme du tout adéquate au comportement humain », commettent deux erreurs. Avant tout, celle de partir du présupposé « de l'immanence de la valeur dans la réalité naturelle », présupposé inadmissible du point de vue de la science. En

10. ID., *Théorie pure du droit*, 1<sup>ère</sup> éd., trad. française, Neuchâtel, 1953, p. 83, 2<sup>e</sup> éd., trad. Eisenmann, Paris, Dalloz 1962, p. 142.

11. ID., *Hauptprobleme*, *op. cit.*, p. 42.

12. ID., « Zur Sociologie des Rechts », *op. cit.*, p. 602, et aussi EBENSTEIN, *Rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Prague, 1938, p. 53.

13. ID., *Society and Nature. A sociological Inquiry*, 1<sup>ère</sup> éd., 1943, 3<sup>e</sup> éd., Londres, 1946.

outré, l'erreur de faire un saut autrement inadmissible « du plan de l'être à celui du devoir-être ». La valeur, dit-il textuellement, « n'est pas immanente au réel, et ne peut donc se déduire de l'être. Le fait que quelque chose est, n'implique pas qu'il doive être ou doive ne pas être fait. Que l'expérience montre que les gros poissons mangent les petits, n'implique pas que le comportement des poissons soit bon ou mauvais. Il n'y a aucune inférence logique de l'être au devoir-être, de la réalité naturelle à la valeur morale ou légale »<sup>14</sup>.

Après avoir relevé les origines sociologiques des doctrines jus naturalistes, Kelsen passe à l'examen des tendances jus naturalistes des sociologues, et explique comment ces derniers tombent dans les mêmes erreurs que les premiers. A ce propos, il est particulièrement intéressant de lire le chapitre deux de son livre de 1922, *Der soziologische und Juristische Staatsbegriff*, dans lequel, examinant en particulier les doctrines de Spencer, Durkheim, Tonnies et autres sociologues de son temps Kelsen cherche à mettre en évidence les tendances jus naturalistes ou, comme il dit, « normatives », des doctrines-même. Et, ce faisant, il en relève les erreurs. Il explique, comme il le dira plus tard, que ces doctrines « sous l'apparence d'une explication causale de ce qui se passe en réalité, en croyant mettre en évidence une loi naturelle – causale – (par exemple la loi de l'évolution), ne faisaient pas autre chose que chercher à fonder un système universel de valeurs et n'étaient donc, en ultime analyse, qu'éthique, théologie ou droit naturel »<sup>15</sup>. Longtemps après la publication du livre en question, dans un essai où il plaçait et considérait sous la même étiquette jus naturalistes et sociologues, Kelsen, revenant sur l'argument, a eu le moyen de souligner sa thèse. Il relève que les doctrines sociologiques, bien qu'apparemment contraires à celles du droit naturel, commettent les mêmes erreurs que les doctrines qu'elles entendent supplanter : celle d'effectuer l'illégitime passage de l'explication à la prescription, de l'être au devoir-être, et l'erreur de présenter les jugements subjectifs de valeur, qui sont issus de la connaissance du singulier, comme des principes déduits de la réalité naturelle et sociale, ayant, par là-même, les caractères de l'objectivité et de l'absolu. Après un examen attentif des doctrines de Comte et de Spencer, il met ainsi en évidence, entre autre, « le caractère jus naturaliste de leur sociologie qui considère la loi de nature comme une norme sociale de valeur universelle « et qui, par exemple, a permis à Comte de justifier un programme politique hautement collectiviste, et à Spencer d'en justifier un hautement individualiste »<sup>16</sup>.

On doit en outre rappeler le fait que Kelsen relève, dans la doctrine de Marx, le même caractère jus naturaliste relevé dans les doctrines classiques de la sociologie et affirme que, conformément à ce caractère qui est sien, cette doctrine suit en substance la même méthode et commet la même erreur que les doctrines jus

14. ID., « The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science », dans *The American Political Science Review*, XLII, 1948.

15. ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 16. Sur le caractère jusnaturaliste de la sociologie moderne, Kelsen renvoie à l'essai fondamental de A. MENZEL, *Nahrrrecht und Soziologie*, Wien, 1912.

16. ID., « The Natural-Law Doctrine », *loc. cit.*

naturalistes. Parmi les nombreux passages qu'il a écrits à ce sujet, j'en choisis deux significatifs. « Le socialisme scientifique de Marx est une science sociale dont le dessein unique et exclusif est non pas de concevoir ou décrire la réalité sociale telle qu'elle est effectivement, sans y porter de jugement de valeur, mais au contraire de la juger selon une valeur qui est un présupposé de cette science, projeté de façon trompeuse dans la réalité sociale, avec le but clairement admis de la rendre conforme à cette valeur ». De même que la doctrine jus naturaliste, en présupposant que la justice est immanente à la réalité présentée comme nature, retient a qu'il est possible de déduire de la nature le juste, c'est-à-dire le droit naturel, et assigne à la science, à la science du droit, la tâche de découvrir ce droit naturel né, en quelque sorte, de la nature, de même Marx affirme que la justice du socialisme, en tant que justice sociale, peut être développée à partir de la réalité sociale »<sup>17</sup>.

Mêlant dans un même jugement et dans une même critique les doctrines des jus naturalistes et celles des sociologues, Kelsen rend compte également des exigences auxquelles ces doctrines cherchent à répondre : les exigences d'une politique du droit qui s'intéresse aux problèmes des fins et des valeurs. Et, ce faisant, Kelsen, comme je l'ai déjà noté, laisse entrevoir la possibilité de substituer à ces disciplines une autre discipline susceptible de satisfaire ces mêmes exigences, mais qui, s'appuyant sur un relativisme fondamental, soit en mesure d'éviter l'erreur du passage de l'être au devoir-être, et l'attribution consécutive d'une valeur absolue au devoir-être lui-même.

Je me réfère à la sociologie de l'idée de justice qui, selon tout ce que Kelsen dit dans la préface à la traduction espagnole de *Society and Nature*, est une discipline qui développe des recherches a sur les idées qui déterminent effectivement, ou, d'un point de vue moral, devraient déterminer, la formation des normes que nous appelons juridiques «, qui précise en outre, la a fonction sociale de certaines idées qui existent dans l'esprit des hommes et qui opèrent comme causes de leurs comportements », qui critique enfin la civilisation et spécialement « les idéologies qui accompagnent le cours de la civilisation »<sup>18</sup>. Ailleurs, Kelsen affirme ensuite que cette discipline a « une importance capitale pour la politique du droit »<sup>19</sup> et laisse entendre qu'elle doit développer, dans son secteur spécifique, des recherches que, dans un champ plus vaste, développent la sociologie de la connaissance et la sociologie des valeurs. Significatives à cet égard, me semble-t-il, les bonnes considérations que fait Kelsen sur le sentiment du droit ainsi que celles sur les doctrines du droit naturel, là où, par exemple, à propos de ces dernières, il dit qu'elles ont développé presque toujours une fonction conservatrice, à savoir celle de « soutenir, justifier et rendre absolu le droit positif » et, seulement en de rares moments de l'histoire millénaire, ont développé au contraire une fonction ré-

17. Id., *The Communist Theory of Law*, New-York, 1955.

18. Id., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos-Aires, 1945, p. VII-XVI.

19. Id., *Théorie pure du droit*, op. cit. (1962), Préface, p. XIV.

volutionnaire, ou du moins réformiste, en contestant la valeur du droit positif « et en soutenant qu'il est en opposition avec un ordre absolu présupposé d'une manière quelconque »<sup>20</sup>.

Il est superflu de dire que, en développant des recherches du type mentionné, et en faisant des considérations comme celle à laquelle j'ai fait allusion, la sociologie de l'idée de justice ne peut attribuer de valeur objective et absolue à aucune doctrine, et doit aboutir à une conception relativiste des valeurs. Significatives, à ce propos, sont les conclusions auxquelles Kelsen parvient après une ample analyse des normes de justice et des principes qui y sont contenus, conclusions dans lesquelles il affirme entre autre que la justice absolue dont le monde est en quête, est un idéal irrationnel dont la source et la réalisation « doivent être transférées de ce monde à l'au-delà, tandis que, sur terre, on doit se contenter d'une justice seulement relative, celle qu'on peut apercevoir en tout ordre juridique et dans la situation de paix et de sécurité que chacun d'eux assure plus ou moins »<sup>21</sup>. Une telle affirmation est évidemment conforme à cette doctrine relativiste des valeurs à laquelle il adhère en avertissant, de toute façon, qu'une telle doctrine ne soutient pas « qu'il ne peut pas y avoir de valeurs, et en particulier pas de justice », et soutient au contraire que « il n'y a pas de valeur absolue, mais seulement relative, qu'il n'y a pas une justice absolue, mais seulement une justice relative et que les valeurs établies par nous au moyen d'actes législatifs et sur lesquels se fondent nos jugements de valeur ne peuvent se présenter avec la prétention d'exclure des valeurs opposées »<sup>22</sup>.

J'espère que, de ces quelques considérations, il ressort clairement que Kelsen, non seulement est resté fidèle à l'anathème lancé contre la métaphysique jus naturaliste, mais a également donné, en négatif, des contributions valides à l'étude de la nature et des devoirs de la sociologie du droit, ainsi qu'au développement d'une sociologie de l'idée de justice qui en fait, à mon sens, partie intégrante.

20. ID., *General Theory*, *op. cit.*,  
et *Théorie pure du droit*, *op. cit.*,  
p. 55.

21. ID., *Das Problem der Gerechtigkeit*.

22. ID., *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (1962), p. 91.

## Normative Presuppositions

### I. Sociological Jurisprudence Presupposes the Normative Concept of Law

#### a. Difference between the Legal and the Illegal Act

The value of a description of positive law in sociological terms is further diminished by the fact that sociology can define the phenomenon of law, the positive law of a particular community, only by having recourse to the concept of law as defined by normative jurisprudence. Sociological jurisprudence presupposes this concept. The object of sociological jurisprudence is not valid norms – which form the object of normative jurisprudence – but human behavior. What human behavior? Only such human behavior as is, somehow or other, related to « law ». What distinguishes such behavior, sociologically, from behavior which falls outside the field of the sociology of law? An example may serve to illuminate the problem. Somebody receives a notice from the taxation authorities, requesting him to pay an income tax of \$ 10,000, in default whereof a punishment is threatened. The same day, the same person receives a notice from the head of a notorious gang requesting him to deposit \$10,000 in a designated place, failing which he will be killed, and a third letter in which a friend asks for a large contribution toward his support. In what respect does the taxation notice differ, sociologically, from the blackmail letter, and both from the letter of the friend? It is obvious that there exist three different phenomena, not only from a juristic, but also from a sociological point of view, and that at least the friend's letter with its effect on the receiver's behavior is not a phenomenon which falls within the field of a sociology of law.

#### b. Max Weber's Definition of Sociology of Law

The most successful attempt so far to define the object of a sociology of law has been made by Max Weber. He writes: « When we are concerned with « law », « legal order », « rule of law », we must strictly observe the distinction between a juristic and a sociological point of view. Jurisprudence asks for the ideally valid legal norms. That is to say... what normative meaning shall be attached to a sentence pretending to represent a legal norm. Sociology investigates what is actually happening in a society because there is a certain chance that its members believe in the validity of an order and adapt [orientieren] their behavior to this order<sup>23</sup>. Hence, according to this definition, the object of a sociology of law

23. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* 368.

is human behavior which the acting individual has adapted (oriented) to an order because he considers that order to be « valid » ; and that means, that the individual whose behavior forms the object of sociology of law considers the order in the same way as normative jurisprudence considers the law. In order to be the object of a sociology of law, the human behavior must be determined by the idea of a valid order.

### c. Legal and De Facto Authority

From the point of view of normative jurisprudence, the order to pay taxes differs from the gangster's threat and the request made by the friend by the fact that only the tax order is issued by an individual who is authorized by a legal order assumed to be valid. From the standpoint of Max Weber's sociological jurisprudence, the difference is that the individual who receives the notice to pay his tax interprets this notice in such a way. He pays the tax considering the command to pay it as an act issued by an individual authorized by an order which the taxpayer considers to be valid. Outwardly, he may act in an identical manner with respect to the notice from the taxation authorities, the threat from the gangster band, and the letter from his friend. He may, for instance, pay the required amount in all three cases. From a juristic point of view, there is, however, still a difference. The one payment is fulfillment of a legal obligation, the others are not. From a sociological point of view, a difference between the three cases can be maintained only by considering the juristic concept of law as it is, in fact, present in the minds of the individuals involved. Sociologically, the decisive difference between the three cases is the fact that the behavior of the taxpayer is determined – or at least accompanied – by the idea of a valid order, of norm, duty, authority, whereas his behavior in the other cases is not determined or accompanied by such an idea. If the behavior in case of the gangster's threat is at all the object of a sociology of law, it is because it represents a crime, legally determined as blackmail. The third case doubtless falls outside the field of a sociology of law, because the human behavior in question has no relation to the legal order as a system of norms.

Llewellyn<sup>24</sup> explains that, from the point of view of a sociology of law, « authority does not refer to any efflux of a « normative system » but to the basic situation which exists when Jones says « Go » and Smith goes, as distinct from that in which Smith does not go ; and the drive of de facto authority of this sort to provide itself with felt rightness or rightfulness is regarded, again, as a behavior drive observable among men-in-groups «. The « rightness or rightfulness » can be nothing but an idea which accompanies the behavior of Jones and Smith. This idea, too is « observable ».

24. K.N. LLEWELLYN, *The Normative, the Legal, and the Law-libs ; The Problem of Juristic Method* (1940) 49 Yale L.J. 1355f.

**Sur la querelle Kelsen/Ehrlich à propos de la sociologie du droit bibliographie dans :**

ARNAUD A.-J.

1981, *Critique de la raison juridique I - Où va la sociologie du droit* Paris, LGDJ, p. 103.

**Sur Ehrlich :**

bibliogr. *ibid.*, p. 102.

**Sur Max Weber :**

bibliogr. *ibid.*, p. 110-111.

**Sur Kantorowicz :**

BOBBIO N., CAMPBELL A.H. et

GOODHART A.L.

1962, Introduction à *La definizione del diritto*, Torino.

Bibl. de Treves dans AA.VV. *Società, Norme e Valori*, Studi in onore di Renato Treves, a cura di U. Scarpelli e V. Tommeo, Milano Giuffrè, 1984, p. 519-530.

---

**Les protagonistes du débat**

---

**Hans Kelsen**

Voir fiche bio-bibliographique plus haut (Préface).

**Hermann KANTOROWICZ (1877-1940)**

Né à Posen (Pologne), décédé à Cambridge, il fut professeur à New York dès 1933 et à Oxford à partir de 1936. Parmi ses travaux notons *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie* (1911 ; 1962), « Legal Science. A Summary of its Methods » dans *Columbia Law Review*, 1928, p. 679-707, « Some Rationalism about Realism », dans *Yale Law Journal*, 43 1934, p. 1239-1253, *The Definition of Law*, ed. by A.H. Campbell, 1958, trad. ital., 1962, allemande, 1963, espagnole, 1964.

**Eugen EHRlich (1862-1922)**

Né dans l'Empire austro-hongrois, il enseigne le droit romain à Wien (1899-1914), puis à Gernowicz (1914-1918). Auteur, en 1913, de la célèbre *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Fondement de la sociologie du droit) et de *Die Juristische Logik* (1919).

**Max WEBER (1864-1920)**

Né à Erfurt, il enseigne le droit à Heidelberg (1896-1898). Il fonda avec Sombart, en 1904, la revue *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. En 1918, il a collaboré à l'élaboration de la Constitution de Weimar. Sa *Rechtssoziologie* forme le chapitre VII de *Wirtschaft und Gesellschaft* (Économie et société).