

Histoire, société, raison : la controverse entre Eugen Ehrlich et Hans Kelsen sur la sociologie du droit (1992)

Agostino Carrino

DANS **DROIT ET SOCIÉTÉ** 2023/1 (N° 113), PAGES 205 À 230
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0769-3362

DOI 10.3917/drs1.113.0205

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2023-1-page-205.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Traduit pour vous

Histoire, société, raison : la controverse entre Eugen Ehrlich et Hans Kelsen sur la sociologie du droit (1992)

Agostino Carrino

Professeur ordinaire de droit public, université de Naples Federico II (Italie).
<agocar@tin.it>

■ Résumé

En dépit des travaux de quelques spécialistes, la sociologie du droit d'Ehrlich est longtemps restée méconnue, du moins en Europe alors qu'elle a connu un grand succès aux États-Unis et au Japon. Elle a par ailleurs souvent été analysée à travers le prisme de la controverse entre Ehrlich et Kelsen sans qu'on prenne toujours la mesure du retournement que Kelsen a lui-même opéré par la suite. Ce texte, initialement publié en 1992, se propose de situer la sociologie d'Ehrlich dans son contexte, d'en montrer l'importance pour la constitution d'une sociologie du droit empirique et d'en dresser un bilan critique.

Coutume – Droit – Règle – Science juridique – Société.

■ Summary

History, Society, Reason: The Controversy between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen on the Sociology of Law

Despite the work of a few specialists, Ehrlich's sociology of law has long remained poorly known, at least in Europe, whereas it has been very successful in the United States and Japan. Moreover, it has often been analyzed through the prism of the controversy between Ehrlich and Kelsen, without always appreciating the extent of the reversal that Kelsen himself subsequently made. Initially published in 1992, this text aims to situate Ehrlich's sociology in its context, show its importance for the constitution of empirical sociology of law, and draw up a critical assessment.

Custom – Law – Legal science – Rule – Society.

Présentation du texte d'Agostino Carrino*

Les 22 et 23 septembre 2022, à l'initiative de jeunes chercheurs (J.-B. Scherer, Linxin He et Clara Gavelli) de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), s'est tenu un colloque sur « L'actualité de la pensée d'Eugen Ehrlich pour les méthodes empiriques du droit » dont on espère que les actes paraîtront prochainement. Compte-tenu de la quasi inexistence des études sur Ehrlich disponibles en français, il nous a paru utile et pertinent de rendre accessible ce texte d'Agostino Carrino et de faire bénéficier les lecteurs de Droit et Société de son analyse aussi fine que parfaitement informée. Bien que publié initialement en 1992, cet article conserve toute sa pertinence et nous remercions Agostino Carrino d'en avoir relu sa traduction en français.

Pierre Brunet et Laurence Dumoulin

* *

*

Bien qu'Eugen Ehrlich puisse être considéré, avec Émile Durkheim et Max Weber, comme l'un des pionniers de la sociologie du droit¹, son nom reste lié, surtout dans la culture juridique italienne, à la célèbre (et à certains égards injuste) critique que Hans Kelsen lui a adressée en 1915². Certes, on ne peut pas dire, comme l'écrivait

* Traduction de Pierre Brunet (École de droit de la Sorbonne, Univ. Paris 1-IRJS). Ce texte constitue l'introduction au recueil : Eugen EHRLICH et Hans KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, textes traduits et édités par Agostino Carrino, Naples : Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1992. Il a aussi fait l'objet d'une publication à part : *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Barcelona : Institut de Ciències Polítiques i Socials, coll. Working papers, 79, 1993.

<https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1993/hdl_2072_1401/ICP579.pdf>

1. Roscoe POUND, *Jurisprudence*, St Paul (Minnesota) : West Publication, 1959, 1, p. 20, 351. En tant que « pionnier » de la sociologie du droit, on peut également dire de lui ce que Ehrlich lui-même écrit à propos de Montesquieu, à savoir qu'il est « dangereux d'être un pionnier. L'idée de construire une sociologie du droit avec les moyens et les matériaux du XVIII^e siècle est d'une grandeur étonnante, mais ici comme ailleurs, de la grandeur au ridicule, il n'y a qu'un pas. L'efficacité de l'effort mental est conditionnée non seulement par les mérites de l'initiateur, mais aussi par l'état général du pays. Même un génie en avance sur son temps ne peut pas se libérer entièrement de l'atmosphère dans laquelle il respire » : voir Eugen EHRLICH, « Montesquieu and Sociological Jurisprudence », *Harvard Law Review*, 29 (6), 1916, p. 582-600, republié in *Id.*, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, édité par Manfred von REHBINDER, Berlin : Duncker Humblot, 1986, p. 207.

2. La controverse entre Kelsen et Ehrlich n'est évidemment pas née de rien, non seulement parce que Kelsen avait déjà consacré d'autres écrits aux problèmes de la sociologie du droit [en grande partie réunis par moi in Hans KELSEN, *Sociologia de la democrazia*, édité par Agostino Carrino, Naples : ESI, 1991], mais aussi parce que le problème de l'utilisation des méthodes sociologiques dans la science du droit était au centre de l'attention depuis des années, notamment grâce à la diffusion du mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*). Voir Hugo SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, Munich : Rieger, 1909 ; Ludwig SPIEGEL, « Jurisprudenz und Sozialwissenschaft », *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 36, 1909, p. 1-30 ; Johann Georg GMELIN, *Quousque ? Beiträge zur soziologischen*, Hanovre : Helwing, 1910 ; Ernst FUCHS, « Das Difformitätsprinzip und die soziologische Rechtslehre », *Juristische Wochenschrift*, 1910, p. 53-55 ; *Id.*, « Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung », *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, p. 283-288 (pour Ernst Fuchs, voir le recueil des essais sociologiques et sur le *Freirechtsbewegung*, les plus importants in Albert S. FOULKES et Arthur KAUFMANN (dir.), *Gerechtigkeitswissenschaft*.

Manfred Rehbinder il y a vingt ans, que « même le nom d'Eugen Ehrlich, le fondateur de la sociologie du droit, est étranger [à la culture juridique]³ », mais il est certain que l'influence d'Ehrlich a été pendant longtemps minime dans les sciences sociales et que, tant en Allemagne qu'en Italie, son importance a été mal comprise, alors que, paradoxalement, ses travaux ont connu un grand succès dans des pays comme les États-Unis et le Japon⁴. La sociologie du droit, en Italie, s'est largement développée ces dernières années, à la fois grâce à la diffusion de la méthodologie empirique et de la recherche « sur le terrain », et à l'approfondissement des questions méthodologiques liées au statut épistémologique de cette discipline. Néanmoins, une étude approfondie et exhaustive de la figure complexe et de la riche œuvre d'Ehrlich dans le contexte de la culture de son époque fait encore défaut, puisque le livre de Rehbinder, bien que précieux, est essentiellement une biographie et une exposition de ses écrits. Dans la littérature italienne, il faut toutefois mentionner les écrits critiques d'Alberto Febbrajo, qui a eu le mérite d'avoir introduit la sociologie juridique d'Ehrlich en Italie⁵.

Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, Karlsruhe : Verlag C.F. Müller, 1965 ; ainsi que Ernst FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, troisième tome, édité par Albert S. FOULKES, Aalen : Scientia Verlag, 1970) ; Hermann U. KANTOROWICZ, « Rechtswissenschaft und Soziologie » in *Verhandlungen des ersten Deutschen Soziologentages*, von 19-22 Oktober in Frankfurt am Main, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911, p. 275 et suiv. [traduction italienne : AA. VV. *Metodologia della scienza giuridica*, édité par Agostino Carrino, Naples : ESI, 1989, p. 57-85] ; Hans WÜSTENDÖRFER, « Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung », *Archiv für die Civilistische Praxis*, 110, 1913, p. 219-380 ; Arthur NÜBBaum, *Die Rechtstatsachenforschung : ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1914 [republié in ID., *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, édité par Manfred REHBINDER, Berlin : Duncker & Humblot, 1968, p. 18-47] ; Hans WÜSTENDÖRFER, « Die beiden ersten Soziologentage und die Rechtswissenschaft », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 34, 1915, p. 399-430 ; Hans WÜSTENDÖRFER, « Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie », *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 9, 1915-1916, p. 170-180, 289-320, 422-455 [ces deux dernières références sont réunies in ID., *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung*, Berlin : Duncker & Humblot, 1971].

3. Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin : Duncker & Humblot, 1967, p. 9.

4. Rinitsu KAWAKAMI, « Eugen Ehrlich », in Wilhelm BRAUNEDER (dir.), *Juristen in Österreich*, Vienne : Verlag Norbert Orac, 1987, p. 253-257. L'attention portée aux États-Unis par Roscoe Pound à l'œuvre d'Ehrlich a également favorisé la publication de la traduction américaine des *Grundlegung* [Eugen EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (traduit en anglais par Walter L. Moll), Cambridge : Harvard University Press, 1936]. L'essai de Tetsu ISOMURA, エーリッヒの法社会学論 (上, 下), *Ehrlich no ho shakai-gaku* [The Systematic Structure of Ehrlich's Sociology of Law], Tokyo : Nihon hyoron shin-sha, 1953, est un signe, parmi d'autres, de l'influence d'Ehrlich au Japon.

5. Alberto FEBBRAJO, « Presentazione » in Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milan : Giuffrè, 1975, p. 5-49 [l'édition originale : *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin : Duncker & Humblot, 1913, réimprimée plusieurs fois. Dans les citations suivantes, on se référera à la traduction italienne] ; ID., « E. Ehrlich : dal diritto libero al diritto vivente », *Sociologia dei diritto*, 9 (3), 1982, p. 137-159. Voir également Renato TREVES, *Sociologia di diritto*, Turin : Einaudi, 1989, p. 112-117.

I.

Eugen Ehrlich⁶, d'origine juive comme Hans Kelsen qui s'opposera à lui, est né le 14 septembre 1862 à Czernowitz, en Bucovine, région qui fait maintenant partie de la République ukrainienne (ex-soviétique). Il a été fortement influencé par Bernhard Windscheid et a écrit sa thèse d'habilitation en droit romain. D'abord avocat, il est appelé comme professeur extraordinaire à l'université de Vienne le 5 novembre 1896 et comme professeur titulaire de droit romain le 23 janvier 1900 à l'université royale impériale de Czernowitz, dont il devient ensuite recteur en 1906-1907. Manfred Rehbinder, à qui l'on doit en grande partie la redécouverte d'Ehrlich, développe divers aspects de la biographie d'Ehrlich dans son livre de 1967, auquel il convient de renvoyer le lecteur⁷.

Il faut souligner que c'est l'expérience de la vie en Bucovine – une lointaine province de l'Empire austro-hongrois – qui a permis à Ehrlich de poser le problème qui, finalement, agissait également Hans Kelsen à Vienne, même s'il avait vingt ans de moins qu'Ehrlich : quel est le lien entre le droit formellement valide et les relations réelles dans la vie de peuples aussi différents ? (En Bucovine, il y avait des Allemands et des Juifs, des Russes et des Roumains, des Tsiganes et des Slovaques et bien d'autres nationalités.) Quelle est la relation entre l'unité et la multiplicité en droit ? Comment est-il possible qu'une telle multiplicité réelle soit une unité (légale) ? Comment est-il possible qu'une telle unité – le droit de l'Empire austro-hongrois – soit une diversité sociologique alors qu'il s'agit d'un droit unique et unitaire ? Ehrlich et Kelsen posent la même question depuis le début, mais les réponses, comme dans le cas de l'Empire austro-hongrois, sont, comme nous le verrons, radicalement différentes. Ehrlich part de la vie du droit, tandis que Kelsen, pourtant bien conscient des contrastes et des différences de la réalité sociale, pose comme problème principal non pas la fragmentation de la vie réelle mais celui de l'unité des formes juridiques, même si ce problème, à y regarder de plus près, est alors aussi un problème de la vie, dans laquelle il y a à la fois unité et multiplicité. Ehrlich est fasciné par la pluralité de

6. Les travaux les plus importants d'Ehrlich incluent : « Über Lücken im Rechte », *Juristische Blätter*, 17, 1888, p. 447-630 [républié in *Über Lücken im Rechte*, Vienne : Königliche Hofbuchdruckerei Carl Fromme, 1888] ; *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, Teil: T. 1. (Einzigster Teil) Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, 1902 [républié à Aalen : Scientia Verlag, 1970] ; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903*, Leipzig : Hirschfeld, 1903 ; *Die Rechtsfähigkeit*, Berlin : Puttkammer & Mühlbrecht, 1909 ; *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit. ; « Die Soziologie des Rechts », *Die Geisteswissenschaften*, 1913-1914, p. 202-205, 230-234 [traduit en italien in Eugen EHRLICH, Hans KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, édité par Agostino Carrino, Naples : Edizione Scientifich Italiane, 1992, p. 37-51] ; « Montesquieu and Sociological Jurisprudence », op. cit. ; « Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke : Theorie der richterlichen Rechtsfindung » in Carl Friedrich von GERBER et Rudolf von JHERING, *Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 67, Iena : Fischer, 1917, p. 1-80 ; *Die juristische Logik*, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1918 [républié à Aalen : Scientia Verlag, 1966] ; « The Sociology of Law » (traduit en anglais par Nathan Isaacs), *Harvard Law Review*, 36 (2), 1922, p. 130-145 [traduit en italien in Eugen EHRLICH et Hans KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, op. cit., p. 53-64]. De nombreux écrits mineurs d'Ehrlich ont été réimprimés in Eugen EHRLICH, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, sélectionnés et édités par Manfred REHBINDER, Berlin : Duncker Humblot, 1967 ; et in Eugen EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, op. cit.

7. Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, op. cit.

l'expérience juridique concrète et est, en un sens, un homme de la frontière ; Kelsen est un homme du « centre », qui voit « de Vienne » – et donc de loin – le poulx de la réalité sociale, tandis que l'autre est pleinement immergé dans la diversité et les mélanges de la province. Le caractère concret non seulement de l'expérience juridique, mais aussi du présent, de l'ici et maintenant, anime la réflexion d'Ehrlich aux prises avec différentes réalités sociales toutes contemporaines : comme l'observe Rehbinder, pour le sociologue du droit, la recherche empirique sur la vie juridique doit servir la recherche de ses lois immanentes « au présent », jusqu'à devenir une « théorie moderne du droit » pouvant être utile à une politique du droit⁸.

II.

Les *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, l'ouvrage sociologique le plus connu d'Ehrlich, qui a exercé – comme l'a observé Dias – « une influence puissante pour inciter les juristes à abandonner les préoccupations purement abstraites et à affronter les problèmes et les faits de la vie sociale⁹ », est le résultat d'années de recherches empiriques menées sur la vie des habitants de Bucovine (mais pas seulement) et d'études comparatives. Sa thèse fondamentale est formulée dans la préface du livre : « On dit souvent, écrit Ehrlich, qu'un livre doit être tel que sa signification puisse être résumée en une seule phrase. Si l'on devait soumettre le présent ouvrage à un tel test, la phrase ressemblerait à ceci : "À l'époque actuelle, comme à toute autre époque, le centre de gravité du développement du droit ne se trouve ni dans la législation, ni dans la science juridique, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même"¹⁰ ». Cette thèse est le résultat non seulement d'analyses empiriques menées dans les zones frontalières de l'Empire austro-hongrois, mais aussi d'une recherche juridico-historique approfondie. À certains égards, en effet, il faut dire qu'Ehrlich parvient à ses résultats sociologiques principalement par le biais de l'historiographie : c'est l'histoire (l'histoire du droit) qui constitue la base de sa sociologie juridique.

En effet, sa sociologie du droit en tant que « science pure » est une sociologie historique, qui utilise le matériel empirique existant comme banc d'essai pour l'analyse historique. Le présent doit servir à confirmer les résultats de la recherche historique. Ehrlich, comme l'a déjà souligné Sinzheimer¹¹, interprète également l'École historique (Savigny, Puchta) comme une sociologie : « les fondateurs de l'école historique ont déjà conduit la science juridique sur la voie de la sociologie. Ce qu'ils entendaient par histoire du droit n'était pas très différent de ce que nous appelons aujourd'hui la

8. Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie*, op. cit., p. 13.

9. Reginald W. M. DIAS, *Jurisprudence*, Londres : Butterworths, 1985, 4^e ed., p. 426.

10. Eugen EHRLICH, *I fondamenti, della sociologia del diritto*, op. cit., p. 13.

11. Hugo SINZHEIMER, « Eugen Ehrlich » in *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam : Menno Hertzberger Co., 1938, p. 249-250 : « Ehrlich était conscient du fait que sa sociologie du droit remontait à la doctrine de l'École historique du droit, selon laquelle l'esprit du peuple est la source originelle du droit. Cette doctrine a cependant été transformée et poursuivie par lui [...]. Il a transposé la métaphysique de la doctrine historique dans celle de la sociologie. Il a intégré le spiritualisme de "l'esprit du peuple" aux "faits" dont dépendent les représentations juridiques. Parallèlement à la spécificité nationale de la conscience juridique, il a souligné sa dépendance à l'égard des "forces sociales universelles" ».

sociologie. L'histoire et la sociologie sont, au moins en partie, des sciences complémentaires : la sociologie reçoit une bonne partie de son matériel de l'histoire. Une exposition sociologique du droit sur des bases historiques est une exposition du droit dans le contexte social, de la manière dont le droit a résulté de l'évolution historique de la société¹². Et encore : « Quand Savigny et Puchta parlent de la connexion organique du droit avec l'essence et le caractère du peuple ou de la nation, ils entendent par peuple ou nation [...] la société. La société, ce sont les classes, les rangs, les professions, par l'influence économique ou spirituelle desquelles [...] la proposition juridique est née¹³. Il est important de garder à l'esprit ce fait – qui peut d'ailleurs être compris si l'on se rappelle qu'Ehrlich était avant tout un historien du droit romain – si l'on veut comprendre la racine du rejet par Kelsen de la sociologie d'Ehrlich, et surtout *l'incompréhension radicale* que Kelsen a manifestée à l'égard du travail sociologique d'Ehrlich. En effet, ce qui est en jeu dans la dispute entre Ehrlich et Kelsen, ce sont deux visions du monde : la première, celle du sociologue, attentif à l'expérience humaine concrète telle qu'elle se manifeste sur le terrain de l'histoire ; la seconde, celle du normativiste Kelsen, qui se ferme à la perspective historique pour développer une science juridique purement déductive¹⁴. L'histoire et la raison sont donc les deux pôles dialectiques d'une polémique incompréhensible autrement. L'histoire et la raison délimitent alors également le champ d'action de deux disciplines : la sociologie du droit et la philosophie du droit. La sociologie du droit, écrit Ehrlich, traite du « droit qui est », tandis que la philosophie du droit traite du droit « tel qu'il devrait être »¹⁵. La première devient donc également une sociologie des

12. Eugen EHRLICH, *Sociologie des Rechts*, 1913-1914, republié in Eugen EHRLICH, *Gesetz und lebendes Recht*, op. cit., p. 193 [p. 50-51 de la trad. ital.].

13. Eugen EHRLICH, « Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes », in Eugen EHRLICH, *Recht und Leben*, op. cit., p. 212.

14. « L'opinion d'Ehrlich, observe Kelsen dans sa critique, est clairement l'opinion naïve selon laquelle toute science ne peut procéder que par induction ; il semble simplement ignorer la possibilité d'une connaissance scientifique par la méthode déductive » : Hans KELSEN, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39, 1914, p. 839-843.

<https://ia803409.us.archive.org/0/items/kelsen-eine-grundlegung-der-rechtssoziologie/Kelsen_Eine%20Grundlegung%20der%20Rechtssoziologie_text.pdf>

[traduction italienne : « Una fondazione della sociologia del diritto » in Eugen EHRLICH et Hans KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, op. cit., p. 71]. Sur le déductivisme de Kelsen dans la première phase du développement de sa pensée, voir Agostino Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Naples : ESI, 1990, 3^e éd.

15. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 179 [p. 37 de la trad. ital.]. Ehrlich se réfère en particulier à la théorie du droit juste de Stammler. Cette référence est d'un grand intérêt, car elle montre qu'Ehrlich ne rejetait pas la philosophie du droit, mais était également influencé par le renouveau néo-kantien de cette discipline. De ce point de vue, Ehrlich apparaît même comme un néo-kantien plus cohérent que Kelsen, dans la mesure où il est conscient de la distinction entre l'être et le devoir-être comme une distinction entre le monde de l'être et le monde de la liberté. Tandis que Kelsen confond le champ de la méthode et celui de l'objet, en appliquant au monde de la liberté une méthode qui n'est « normative » qu'en apparence mais, en réalité et en dernière analyse, causale (car influencée et dépendante, bien qu'en sens inverse, de la méthode des sciences naturelles), Ehrlich reste dans la conception kantienne du droit comme moment du monde humain de la liberté, donc soustrait *ab origine* à toute description causale pure. La philosophie du droit est une science de l'esprit au sens authentique ; Ehrlich prend le *Sollen* plus au sérieux que Kelsen et montre qu'il connaît la distinction simmélienne entre les deux concepts de norme : « La norme a un double sens : dans un premier sens, c'est ce qui se passe universellement, génériquement ; dans un second, c'est ce qui doit (*soll*) arriver, même si cela ne se produit pas » (Georg SIMMEL, *Einleitung in die*

idées et des concepts juridiques et se donne pour tâche d'étudier le rôle et la place de la philosophie du droit elle-même dans le contexte du changement social.

La philosophie du droit se transforme ainsi en un fait qui peut faire l'objet d'une analyse empirique (de la sociologie du droit) : « Si la philosophie du droit a réellement influencé la formation du droit, et cela s'est produit fréquemment, c'est un fait social, auquel le sociologue ne peut se soustraire : il doit l'observer et rechercher ses causes et ses effets¹⁶ ». De ce point de vue, la sociologie du droit d'Ehrlich est, à mon avis, d'actualité, s'il est vrai que, récemment, les études critiques du droit ont mis en évidence que la sociologie du droit doit avoir pour objet (entre autres) les idées juridiques, qu'elle ne peut se limiter à la tâche (également indispensable) d'analyser empiriquement la réalité sociale contemporaine dans ses différents domaines (sociologie des professions, etc.), mais doit aussi mettre à l'épreuve, dans le présent, une recherche de sociologie des idées qui se base nécessairement sur la recherche historique. La recherche historique, les études d'histoire comparée et l'analyse empirique (critique) se rejoignent – je pense ici aux études de Robert Gordon, Roberto Unger, Morton Horwitz et d'autres représentants de la sociologie du droit « critique » américaine (les *Critical Legal Studies*)¹⁷ – dans une doctrine qui est précisément pour cette raison également fructueuse d'un point de vue pratique.

Bien sûr, la sociologie du droit et la philosophie du droit se distinguent aussi clairement l'une de l'autre ; en effet, c'est la conscience même que l'analyse empirique et le discours sur les valeurs doivent être distingués qui permet de concevoir une sociologie du droit comme une sociologie de la philosophie du droit (ou des idées juridiques). Le problème de savoir comment le droit doit être se situe « en dehors du champ de la sociologie, puisqu'il ne peut être ni décrit selon une méthode scientifique ni démontré¹⁸ ».

III.

Mais quel est le rapport entre la sociologie de la philosophie du droit et la sociologie de l'idée de justice, qui a été le propre de Kelsen dans une phase suivant sa polémique avec Ehrlich et mis en évidence, en Italie, par Renato Treves¹⁹ ? Il ne faut pas

Moralwissenschaften. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, Francfort am Main : Suhrkamp, 1989 [1892-1893], p. 77). D'où la thèse ehrlichienne, pour laquelle le droit révèle un double ordre ; comme l'a observé Hugo SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker, op. cit.*, p. 234, l'un des ordres « contient les normes destinées à la décision des litiges, l'autre les normes selon lesquelles l'action humaine est effectivement réalisée ». Il s'agit d'une distinction fondamentale. Ehrlich appelle les normes du premier ordre des normes de décision, celles du second ordre, des normes d'organisation. Celles-là sont les « propositions juridiques », celles-ci le « droit social ».

16. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts, op. cit.*, p. 179-180 [p. 37-38 de la trad. ital.].

17. Agostino CARRINO, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, Naples : ESI, 1992, p. 7 et suiv., ainsi que la littérature qui y est citée et la compilation, éditée par Agostino Carrino, sur « La sinistra giuridica americana. *Critical Legal Studies* », *Democrazia e diritto*, 5-6, 1990 [traduction espagnole : Agostino CARRINO, « Solidaridad y Derecho: la sociología jurídica de los "Critical Legal Studies" », *Doxa*, 1992, p. 115-153].

18. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts, op. cit.*, p. 180 [p. 37-38 de la trad. ital.].

19. Renato TREVES, « Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen » (1981) in Stanley L. PAULSON et Agostino CARRINO (dir.), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Naples : ESI, 1992, p. 161-177.

confondre les deux analyses ; ce n'est pas le lieu d'expliquer en détail ce que Treves entend par l'expression « sociologie de l'idée de justice », mais il ne fait aucun doute que chez Kelsen, tel qu'interprété par Treves, il s'agit d'une sociologie de la subjectivité, c'est-à-dire une sociologie des représentations que les êtres humains se font de la justice à un moment donné. Ce type de sociologie ne s'identifie pas directement à la sociologie des idées juridiques à laquelle j'ai fait référence plus haut, bien que cette dernière puisse, dans un sens, coïncider avec la sociologie de l'idée kelsésienne et trévésienne de la justice. La référence que j'ai faite va plus dans une direction structuraliste (si l'on peut encore utiliser ce terme) que simplement subjectiviste. Le problème est d'analyser empiriquement (et une sociologie qui ne fait pas appel à une méthodologie empirique ne saurait être telle) la structure profonde des idées juridiques, en dépassant la vieille dichotomie marxiste entre structure et superstructure. C'est exactement ce qu'ont fait (ou tentent de faire) les Critiques américains du droit (CLS), qui voient dans les idées juridiques de puissantes forces sociales objectives à l'œuvre dans la structure historique de la société capitaliste.

Ce n'est pourtant pas la position d'Ehrlich, même si certaines idées de sa sociologie peuvent être considérées comme annonciatrices de l'approche de ces mêmes Critiques américains (ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, à la base de la sociologie critique du droit en Amérique, on trouve un mouvement comme le réalisme juridique, qui doit lui-même beaucoup au mouvement du droit libre [*Freirechtsbewegung*], dont Ehrlich fut l'un des fondateurs et principaux représentants²⁰). En particulier, l'idée d'Ehrlich sur la société d'où provient le droit est une idée processuelle (historique), qui vise à expliquer non seulement le « droit vivant », c'est-à-dire la société avec ses propres normes juridiques, mais aussi cette forme particulière de droit qu'est la « proposition juridique ». Ehrlich ne prétend pas que la « proposition juridique » n'est pas le droit, mais seulement qu'il s'agit d'une forme particulière de droit qui a surgi « relativement tard », à des fins très spécifiques et à la suite d'un processus social particulier²¹. Elle est notamment liée à l'élaboration du droit par les juristes, puis à la création du droit par les juges. L'État peut créer du droit²², mais il ne crée pas tout le droit, seulement la partie de celui-ci qui est exprimée en « propositions

20. Eugen EHRLICH, *Über Lücken im Rechte*, 1888, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig : Hirschfeld, 1903, republié in Id., *Recht und Leben*, op. cit., p. 80-169, 170-202. Sur le mouvement du droit libre, voir, outre le désormais classique Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milan : Giuffrè, 1975, chap. III, l'exposé historique utile de Klaus RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin : Dunker Humblot, 1968 (sur Ehrlich, p. 33 et suiv.). A. Nußbaum a fait remarquer qu'Ehrlich doit être considéré comme « un lien » entre le réalisme juridique américain et le mouvement allemand du droit libre : Arthur NUßBAUM, *Die Rechtstatsachenforschung*, 1955, republié in Id., *Die Rechtstatsachenforschung*, op. cit., p. 62. Karl N. LLEWELLYN, « What Price Contract ? An Essay in Perspective », *Yale Law Journal*, 40, 1931, p. 706, reconnaît une certaine dépendance du réalisme américain vis-à-vis d'Ehrlich où l'on peut lire : « Cet article s'appuie sur chaque point d'Ehrlich, comme tout article de ce type doit le faire ».

21. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 180.

22. « Beaucoup de gens aujourd'hui croient donc à tort que tout le droit est créé par l'État avec ses lois. La plus grande partie du droit trouve son origine directement dans la société en tant qu'ordre interne des relations sociales : mariage, famille, corporations, procès, contrats, succession : cette partie du droit n'a jamais été réduite à une proposition juridique », Eugen EHRLICH, « Die Soziologie des Rechts », op. cit., p. 245 [p. 57 de la trad. ital.].

juridiques²³ ». Cela se produit spécifiquement à l'époque moderne, précisément avec la naissance de l'État : « L'État produit du droit quand, avec ses moyens de coercition – en définitive toujours militaires – il crée des institutions et leur donne un cadre juridique²⁴ ». Le droit, pour Ehrlich, constitue bien une unité, « mais pas une unité de propositions juridiques. Les propositions juridiques ne forment une unité que dans le contexte de la société dans laquelle elles opèrent²⁵ ». Nous pouvons déjà saisir ici le nœud du différend entre Kelsen et Ehrlich, à savoir la séparation de l'État et du droit chez Ehrlich et leur identification chez Kelsen. Si l'État et le droit sont la même chose, il est évident que l'État ne peut jamais « produire » du droit en tant qu'entité différente de lui-même : l'État est la loi, l'ensemble des normes qui régissent le comportement des sujets ou des citoyens. En d'autres termes, Kelsen saisit la nouveauté radicale de l'État moderne, qui supprime – bien que progressivement – toute forme de droit non imputable à l'État lui-même, tout droit coutumier et même tout droit des juristes. Ainsi, le problème de la séparation de l'être et du devoir-être apparaît, si l'on approfondit la position globale de Kelsen, comme étant également le résultat théorique de l'analyse d'un processus historique, point habituellement négligé par les interprètes de Kelsen. En effet, les prémisses de la critique d'Ehrlich²⁶ par Kelsen ont déjà été posées dans le premier livre de ses *Hauptprobleme*, où l'on peut lire :

[...] À l'époque de la domination du droit coutumier, la question de savoir ce qui est en droit, ce qui doit se passer dans un cas concret, s'identifiait, du moins matériellement, à la question de savoir ce qui s'est passé en règle générale, ce qui a été effectivement fait. Puisque pour le droit – comme pour la morale – il n'y avait pas de détermination objective de ce qui doit être, le juriste, c'est-à-dire celui qui avait pour tâche de résoudre les questions juridiques ou d'infliger les conséquences d'un acte répréhensible, devait nécessairement avoir le regard toujours fixé sur l'usage juridique, c'est-à-dire sur ce qui, à son époque, se faisait effectivement comme droit ou se faisait comme tel depuis

23. Erich Kaufmann adopte un point de vue similaire : « La plupart d'entre nous ne comprennent pas à quel point, même dans les domaines du droit codifié, nos décisions juridiques découlent peu des propositions juridiques écrites explicitement formulées par le législateur. Nous tirons le plus et le meilleur, souvent ce qui est vraiment décisif, non pas de propositions juridiques écrites, mais nous le déduisons directement des principes de justice pertinents pour la sphère juridique, de l'essence des institutions, des concepts de légitimité propres à l'époque et à la communauté dans laquelle nous vivons » (Erich KAUFMANN, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, Berlin und Leipzig : Walter de Gruyter, 1927, p. 20 (traduit en italien en annexe de Erich KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, édité par Agostino Carrino, Naples : ESI, 1992, p. 93).

24. Eugen EHRLICH, « Die Soziologie des Rechts », *op. cit.*, p. 246 [p. 58 de la trad. ital.].

25. Id., *Die juristische Logik*, *op. cit.*, p. 146.

26. À dire vrai, Kelsen ne fut pas le seul à critiquer l'œuvre la plus connue d'Ehrlich. Lors de sa parution en 1913, les *Grundlegung der Soziologie des Rechts* ont également fait l'objet d'une critique par Max SALOMON dans le *Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 1915, p. 339. D'autres critiques peuvent être lues, notamment : Julius BINDER, *Rechtsphilosophie*, 1925, republié à Aalen : Scientia Verlag, 1967, p. 998-1009 ; Viktor KRAFT, « Vorfragen der Rechtssoziologie », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 45, 1930, p. 35 et suiv. ; puis dans les recensions de la traduction américaine des *Grundlegung* : Sidney P. SIMPSON, *Harvard Law Review*, 51, 1938, p. 1128 et suiv. ; Morris GINSBERG, *Modern Law Review*, 1, 1937, p. 169 et suiv. ; Alexander M. KIDD, *Columbia Law Review*, 2, 1937, p. 120 ; Gerhart HUSSERL, *University of Chicago Law Review*, 5, 1938, p. 330 et suiv. ; Franz NEUMANN, *American Journal of Sociology*, 43, 1937, p. 351 et suiv.

des temps immémoriaux, tout comme le grammairien le faisait pour l'usage linguistique. Le lien entre le droit existant – c'est-à-dire celui qui a été légalement postulé à l'heure actuelle et pour l'avenir prévisible – et le développement historique du droit – c'est-à-dire celui qui a longtemps été une coutume juridique de fait – était si étroit qu'il n'était pas nécessaire de séparer la recherche historique du droit de la considération dogmatique du droit, de distinguer les méthodes des deux disciplines – de la première, explicative, et de la seconde, normative ; la considération historique du droit répondait également aux exigences de la dogmatique, même si seule cette considération donnait une réponse satisfaisante à la question dogmatique de ce qu'est le droit.²⁷

IV.

Ehrlich distingue trois types de droit : le droit social primaire, le droit secondaire des juristes et le droit secondaire de l'État. Le droit social, qui repose sur le développement social, contient les préceptes juridiques pertinents et fondamentaux pour le comportement des êtres humains et naît indépendamment des faits de droit²⁸ (usage, domination, possession, déclaration de volonté) en tant que norme d'action qui structure le groupe social. La possibilité de violation de l'ordre primaire de la paix fait exister un ordre fonctionnellement différent de la loi sociale primaire, c'est-à-dire la loi des juristes. Il s'agit essentiellement de règles de décision²⁹ adressées aux juridictions (la juridiction est dans Ehrlich tout « tiers », pas nécessairement la juridiction étatique). Elle ne sert pas, en premier lieu, à façonner la vie des groupes sociaux, mais à les protéger. Le droit étatique, troisième groupe de préceptes juridiques, « dérive de l'État, mais moins dans sa forme que dans son contenu : c'est un droit qui n'est né que de l'État et qui ne pourrait exister sans lui, quelle que soit la forme sous laquelle il se présente³⁰ ». Il s'agit en définitive de l'ordre coercitif de l'État, qui se manifeste par le droit d'organisation de l'État et le droit de protection de la vie sociale et qui contient essentiellement ce qu'Ehrlich appelle des « règles d'intervention » (*Eingriffsnormen*) et ce que nous appellerions aujourd'hui des règles administratives.

Ces trois ensembles de normes sont dans un processus d'échange entre eux et forment ensemble le « droit vivant » qui, selon la définition de Rehinder, constitue « le droit social à un niveau supérieur, c'est-à-dire influencé par la réaction au droit

27. HANS Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom rechtssatze*, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911 (2^e ed., 1923), p. 33 [traduit en italien par Agostino Carrino : *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, tome I, Naples : ESI, 1991, p. 63]. Cf. sur ce point Ulrike REIN, « Rechtssoziologie gegen Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915/16 » in Stanley L. PAULSON, Robert WALTER et Stefan HAMMER (dir.), *Untersuchungen zur reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Institut*, 11, Vienne : Manz, 1986, p. 103.

28. Sur le concept des faits de droit chez Ehrlich, voir Hubert ROTTLEUTHNER, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, 1981, p. 172 et suiv. [traduit en italien par E. Zaccaria : *Teoria del diritto e sociologia del diritto*, Bologne : Il Mulino, 1983, p. 133 et suiv.].

29. La norme factuelle de droit dans Ehrlich, est, « comme toutes les normes sociales, en premier lieu, une norme d'action, avec la différence, cependant, qu'elle est dirigée uniquement vers les tribunaux. En effet, au moins dans un premier temps, la norme de décision n'est pas une règle qui s'adresse aux hommes qui agissent. En ce sens, il s'agit d'une norme juridique, mais d'un type particulier, différent des normes juridiques contenant des règles générales d'action », cf. Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 151.

30. Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 169.

des juristes et du droit étatique³¹ ». Cette conception du droit vivant mérite d'être approfondie par rapport à la conception du « droit en action » de Roscoe Pound³² ; en effet, ceux qui ont vu dans la théorie d'Ehrlich un pendant de la doctrine de Pound n'ont pas manqué³³ : « Pound – écrit Zeigert, par exemple – a répandu l'idée d'une possible "théorie sociologique du droit" et le livre d'Ehrlich ne pouvait que prouver qu'il pensait exactement dans le même sens³⁴ ». Et encore : « Ehrlich ouvre la voie à l'ingénierie sociale de Pound [...] Le contexte idéologique d'Ehrlich et son esprit optimiste concernant les auspices de la science juridique moderne sont exactement ceux de Pound dans ses écrits³⁵ ». Mais même dans les outils conceptuels, selon Zeigert, Ehrlich et Pound partageaient des positions similaires : « La fameuse distinction entre "le droit dans les livres" et "le droit dans l'action" correspond à la paire d'oppositions ehrlichienne "*Rechtssatz*" (proposition juridique) et "*Rechtsleben*" (vie du droit)³⁶ ».

Cette équation entre Pound et Ehrlich a été fortement remise en cause par David Nelken, dont la critique mérite d'être notée. D. Nelken interprète la position de Pound comme une tentative de définir le droit en termes de « contrôle social » adapté aux modifications sociales qui ont eu lieu dans le tissu de la société moderne, et ce sur la base d'une conception épistémologique pragmatique. Pound considère le droit en termes de « but », en s'appuyant à la fois sur la théorie de Jhering et sur les nouvelles conceptions sociologiques américaines (Ross, Small et Ward) :

Le droit était considéré comme un instrument pouvant être utilisé pour résoudre les problèmes sociaux [...] comme une méthode de « contrôle social ». La croissance industrielle et la taille croissante des villes ont entraîné des changements sociaux rapides et une désorganisation de la société ; le déclin des contrôles basés sur les groupes primaires et les traditions religieuses a conduit à un vide qui a dû être comblé par la loi. Le droit a servi d'instrument d'ingénierie sociale en ce sens qu'il pouvait aider à prévenir et à résoudre les conflits sociaux avec le moins de gaspillage et la plus grande efficacité. Avec ces objectifs en tête, il était essentiel de définir le droit en termes d'efficacité³⁷.

Chez Ehrlich, au contraire, selon D. Nelken, plutôt qu'un instrument d'ingénierie sociale, le droit était considéré comme un résultat des processus sociaux et du changement social, perdant ainsi, j'ajouterais, cette dimension normative (bien que « correcte ») qui ne peut être perdue de vue par toute considération du droit, pas même

31. Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie*, op. cit., p. 64.

32. Roscoe POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 44, 1910, p. 12 et suiv.

33. Voir notamment Konrad Alex ZEIGERT, « The Sociology behind Eugene Ehrlich's Sociology of Law » in *Int. Journal of Sociology of Law*, 7, 1979, p. 225 et suite. Voir également James F. O'DAY, « Ehrlich's Living Law Revisited—Further Vindication for a Prophet without Honor », *Western Reserve Law Review*, 18, 1, 1966, p. 210-231. Pour une critique des analogies entre Pound et Ehrlich, voir plutôt, David NELKEN, « Law in action or living law ? Back to the beginning in sociology of law », *Legal Studies*, 4, 1984, p. 157 et suiv.

34. Konrad Alex ZEIGERT, op. cit., p. 231.

35. *Ibid.*, p. 233.

36. *Ibid.*, p. 233.

37. David NELKEN, « Law in action or living law ? Back to the beginning in sociology of law », op. cit., p. 161-162.

les considérations sociologiques³⁸. Le droit est ainsi devenu un aspect de la vie économique et sociale :

Derrière le « droit vivant » se trouvaient les relations toujours actives de domination, de possession et de contrat et les besoins changeants de la production et de la consommation collectives. Ce sont ces relations qui ont créé les relations de la possession, de la propriété, de l'héritage, des contrats et du droit de la famille. Partout, Ehrlich a insisté sur l'importance des forces sociales et des développements sociaux en tant qu'influence principale sur le « droit vivant », par opposition aux simples impositions législatives et juridictionnelles³⁹.

En d'autres termes, la position d'Ehrlich est celle d'une sociologie du droit (nonobstant sa position purement scientifique-théorique, il ne fait aucun doute qu'Ehrlich a été l'un des premiers exemples de sociologue « sur le terrain », enquêtant sur la réalité juridique concrète à l'aide de méthodologies empiriques), tandis que Pound se situe dans une vision sociologique de la science du droit, dans une science du droit sociologique précisément. Ehrlich veut une sociologie du droit en tant que science « pure » ; Pound veut mener une réflexion sociologique sur le droit afin d'intervenir de manière pratique et décisive sur la configuration globale de l'activité du législateur en fonction des changements sociaux intervenus dans la structure socio-économique entre le XIX^e et le XX^e siècle. La définition des normes juridiques en tant qu'instruments à des fins socialement déterminées ne rend pas compte de la dimension proprement sociale des normes elles-mêmes, de leur expression de modèles de comportement socialement pertinents. Pour Pound, les normes juridiques sont celles « soutenues » par l'État tandis que pour Ehrlich, les normes ont leur vie propre qui ne peut être rattachée à la volonté de l'État. D'autre part, les idées de Pound sont encore imprégnées d'individualisme méthodologique et d'une vision libérale de la société et de l'État, alors qu'Ehrlich semble attribuer une « plus-value » à la communauté par rapport au simple agrégat d'individus, à l'organisation et aux relations sociales naturelles : « L'organisation est la règle qui assigne à chaque individu sa position et sa fonction »⁴⁰. La conception d'Ehrlich est en quelque sorte toujours une conception qui privilégie la physiologie du droit, c'est-à-dire le comportement efficace et pacifique au sein d'un groupe social ; le droit vivant n'est pas en concurrence avec les propositions juridiques du droit formel, mais l'un et l'autre signalent deux étapes différentes de la réalité juridique et ce n'est pas pour cette raison que l'un doit s'adapter à l'autre, comme cela se passe plutôt dans la vision promotionnelle de Pound. Les normes de décision et le droit vivant, observe à cet égard D. Nelken, « n'étaient pas nécessairement en concurrence, car ils étaient appliqués dans des conditions différentes. Le besoin de "règles de décision" ne se fait sentir qu'en cas de différends et de conflits, alors que le "droit vivant" prévaut dans des circonstances normales⁴¹ ».

38. Vincenzo FERRARI, *Funzioni del diritto : saggio critico-ricostruttivo*, Bari : Laterza, 1991, 3^e éd., p. 35-67.

39. David NELKEN, « Law in action or living law ? Back to the beginning in sociology of law », *op. cit.*, p. 162.

40. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *op. cit.*, p. 68-69 [p. 107 de la trad. ital.].

41. David NELKEN, « Law in action or living law ? Back to the beginning in sociology of law », *op. cit.*, p. 167.

V.

L'intérêt d'Ehrlich pour la « physiologie du droit », pour les régularités sociales par opposition aux phénomènes pathologiques de la soi-disant déviance et l'application conséquente de sanctions, apparaît clairement avant tout dans la critique d'Ehrlich de l'idée selon laquelle le droit consiste en des propositions juridiques (*Rechtssätze*) :

La *Lex Salica Francorum*, dans ses innombrables dispositions, contenait toutes les propositions juridiques qui existaient chez les Francs saliens. Cependant, si nous comparons ce que Brunner, dans son histoire du droit, dit du droit des Francs, nous constatons que seule une très petite partie de celui-ci a été tirée de la *Lex Salica* : la plus grande partie repose sur des indications dans des ouvrages historiques, des documents et d'autres sources. Seule une très petite partie du droit des Francs était donc contenue dans des propositions juridiques⁴².

Et de même, dit Ehrlich ailleurs, si nous voulons connaître la « constitution » de notre droit agraire, les propositions juridiques « positives » ne suffisent pas : elles nous présentent un droit agraire aux contours vagues, nébuleux, indéterminés : « celui qui veut connaître la véritable constitution agraire, doit nécessairement étudier les rapports réels qui résultent des contrats, des partages d'héritage et des coutumes⁴³ ». Le fonctionnement ordonné et régulier de l'organisme social, le concret, semble dire Ehrlich, passe toujours avant l'abstrait :

L'État est plus ancien que le droit étatique, les propositions juridiques du droit du mariage et de la famille présupposent l'existence du mariage et de la famille. Les propositions juridiques régissant la possession n'auraient pas pu être développées sans un certain ordre de possession, ni celles relatives aux contrats avant que les contrats correspondants n'aient été conclus ; les êtres humains ont reçu des biens pendant des siècles avant que les règles de succession ne soient formulées⁴⁴.

Le développement de ces différents systèmes « repose sur le mouvement interne de la société et est essentiellement indépendant de l'État⁴⁵ ».

Cette mise en évidence de la centralité du « concret » sur l'« abstrait » donne lieu à une question qui mérite d'être approfondie, celle de la « constitution », de la *Verfassung*. Les propositions juridiques des codes ne rétablissent jamais la « constitution » d'une relation juridique, d'un domaine vital particulier du droit. Qu'est-ce donc que la « constitution » chez Ehrlich ? Par constitution, je crois qu'il faut entendre une dimension réelle, effective, préexistante à toute position conventionnelle du droit et, dans sa structure, ordonnée. Si nous approfondissons le sujet, nous pourrions facilement arriver à la conclusion que la sociologie « harmoniciste⁴⁶ » du droit d'Ehrlich présente des similitudes considérables avec la sociologie française réactionnaire de Maistre et Bonald, bien que Sinzheimer ait préféré voir en Stahl un des antécédents philosophiques d'Ehrlich. Même chez les théocrates de la contre-révolution, en effet, la

42. Eugen EHRLICH, « Die Soziologie des Rechts », *op. cit.*, p. 243 [p. 55 de la trad. ital.].

43. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *op. cit.*, p. 184 [p. 42 de la trad. ital.].

44. Id., « Die Soziologie des Rechts », *op. cit.*, p. 248 [p. 59-60 de la trad. ital.].

45. Id., *Die juristische Logik*, *op. cit.*, p. 81.

46. Alberto Febbrajo parle de la théorie politique harmonique dans sa « Presentazione », *op. cit.*, p. 42 et suiv.

constitution est quelque chose d'« existentiel », indépendant de tout moment conventionnel et donc écrit. Légitimité et écriture, en effet, s'opposent l'une à l'autre. Le problème de la légitimité chez Ehrlich n'a jamais été étudié, mais il mérite, à mon avis, d'être au moins mentionné, car il peut facilement nous ramener à un sujet qui m'est cher, celui de la relation entre le droit (et/ou l'État) et les visions du monde. Certes, Ehrlich peut apparaître, dans une perspective de ce type, comme un penseur conservateur : la référence à la constitution existentielle d'une relation juridique donnée peut être, par analogie, étendue à l'ensemble du système juridique. Et c'est le système juridique du groupe social qui apparaît comme « existentiellement » fondé sur une constitution non écrite, mais vivant dans la régulation effective (physiologie) des relations du groupe et des groupes qui forment ensuite la société. Pour Ehrlich, comme l'observe Binder, « le droit n'est donc pas tant une coercition qu'un "ordre"⁴⁷ ». La régulation est sociologiquement, en ce sens, l'existence même de la société ou du groupe social, qui ne dépend donc pas de la sanction ou de l'exécution judiciairement infligée ou, en tout cas, de la menace de la sanction :

En règle générale, la contrainte est considérée comme essentielle au droit ; ceci repose toutefois sur une confusion. En général, les règles sociales ne sont pas données sans une certaine coercition, c'est-à-dire sans l'idée que l'observance est liée à un avantage, la non-observance à un détriment. La morale, les coutumes, l'éducation sont aussi riches de cette idée que le droit. Lorsque nous parlons de coercition légale, nous entendons le type de coercition propre à la norme juridique, la coercition et l'exécution pénale, principalement celle de l'État. Cet aspect a cependant été complètement absent du droit pendant de longues périodes de développement et son importance est aujourd'hui encore surestimée⁴⁸.

Aucune loi contre l'usure, observe encore Ehrlich, n'empêche l'usure de prospérer, si les conditions sont réunies⁴⁹, conditions qui proviennent directement de la structure du groupe, de la « constitution » du groupe. La proposition juridique est chez Ehrlich quelque chose de semblable à la constitution écrite des États modernes telle que la voient les auteurs réactionnaires, une redondance par rapport à la constitution non écrite qui vit dans la réalité concrète du groupe ou du peuple (Maistre aurait dit : de la nation). Le droit ne dépend donc pas de la sanction, qui caractérise la proposition juridique (ce n'est pas un hasard si Kelsen, théoricien du droit moderne, en fait un élément central de sa définition de la norme juridique comme jugement hypothétique), mais peut même s'en passer. Si les lois défendant la propriété devaient être abolies, dit Ehrlich, cela ne signifierait pas qu'il y aurait plus de violations de la propriété qu'actuellement.

Ce genre d'idées subsiste, bien que sous une autre forme, dans toutes les théories sociologiques qui prônent une régulation juridique « sans peine » (théories abolitionnistes) ou un droit pénal « minimal » et qui présupposent la possibilité d'un droit

47. Julius BINDER, *Philosophie des Rechts*, op. cit., p. 1001. Pour Ehrlich, écrit Binder, *ibid.*, p. 1002, « la loi valide n'est que celle qui est effectivement observée dans la vie de la communauté ».

48. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 185 [p. 43 de la trad. ital.].

49. *Ibid.* p. 186 [p. 43-44 de la trad. ital.].

qui ne s'articule pas autour du moment de la sanction⁵⁰. Pour Ehrlich, le juriste n'est pas tant un fonctionnaire de l'État, d'un État « purement politique » qui se superpose à la société, qu'« un organe de la société⁵¹ », soumis aux pressions et aux influences de la société en tant que telle. Ainsi, même lorsque le juge se croit tenu de dériver ses décisions de propositions juridiques existantes (pour reprendre la terminologie d'Ehrlich), il tire en réalité toujours ses règles de décision de lui-même, et cela signifie que, en dernière instance et y compris dans les sociétés complexes et étatistes, le juge trouve en lui-même ses propres décisions⁵² ; il décide finalement toujours sur la base d'un échange avec la société, c'est d'elle qu'il tire des éléments d'appréciation et il se soumet à sa pression normative. Même dans le cas de systèmes juridiques fermés, le moment de la décision signifie donc une ouverture à la société et l'introduction d'éléments proprement sociaux dans le système juridique.

Bien que critiquée par Kelsen, cette position d'Ehrlich ne diffère finalement pas de la position de Kelsen lui-même, lorsque ce dernier, dans sa théorie de l'interprétation, reconnaît une fonction de création normative de la part du juge. Le système de droit de Kelsen, lui aussi, certes fermé du point de vue de la connaissance juridique, s'ouvre aux faits qui produisent le droit tant du côté de la norme fondamentale que du côté de l'activité du juge⁵³, d'une manière qui n'est pas sans rappeler ce qui se passe dans la description sociologique d'Ehrlich. Mais alors que chez Kelsen, la décision judiciaire peut apparaître purement nihiliste, Ehrlich pose sociologiquement le problème de l'interprétation comme la recherche d'un sens, mais un sens historique et non purement logique. Le juge décide – Ehrlich est un représentant classique du mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*) – dans un contexte social dont il est un organe⁵⁴ et toute interprétation de la loi est toujours une interprétation de la situation complexe dans laquelle la loi est née. « Toute interprétation scientifique, “sociologique”, est [...] historique⁵⁵ », en ce sens qu'elle ne peut se limiter à l'investigation du « discours » du locuteur, mais doit descendre et s'étendre aux conditions économiques, aux luttes sociales, aux discours parlementaires qui l'ont précédée et ainsi de suite. Le problème de la finalité devient ainsi le facteur discriminant entre l'interprétation sociologique (et pour Ehrlich ce terme est synonyme de

50. Cette référence pourrait être élargie aux théories de Petrážky et Sorokin, qui distinguent le droit et la moralité dans le domaine de l'éthique : le droit comme un phénomène ayant un contenu éthique minimal ; la moralité comme – évidemment – un phénomène qui va au-delà de ce contenu minimal du droit.

51. Eugen EHRLICH, *Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 189 [p. 46 de la trad. ital.]. Voir également *Die juristische Logik*, op. cit., p. 81 et suiv. Il convient de noter que ce dernier ouvrage d'Ehrlich est, à certains égards, plus mature que les *Grundlegung*, même si toutes les thèses principales de cette dernière sont réaffirmées. Il apparaît surtout plus systématique.

52. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 189 [p. 47 de la trad. ital.].

53. Voir mon « Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen », *Sociologia del diritto*, 18 (2), 1991, p. 13-42.

54. « (i) Les juges agissent comme des organes de la société et en expriment d'autant mieux les idées les plus profondes qu'ils comprennent leur fonction : cela signifie qu'il y a une équation entre la compréhension des idées sociales et la compréhension de la fonction qu'ils exercent » (*Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, 1917, republié in *Recht und Leben*, op. cit., p. 212).

55. Eugen EHRLICH, *Die richterliche Rechtsfindung*, op. cit., p. 211.

« scientifique ») et l'activité politique. L'interprétation téléologique et l'interprétation historique finissent donc par coïncider.

VI.

Le point faible de la sociologie juridique d'Ehrlich reste cependant sans doute sa distinction entre les normes juridiques et les autres types de normes sociales⁵⁶. Ehrlich voit la différence spécifique entre les normes juridiques et les autres normes sociales dans le degré différent d'intensité du sentiment socio-psychologique : « La proposition juridique est avant tout un produit des forces sociales, et dans la mesure où, dans son traitement scientifique, ce qui compte, ce sont les questions psychologiques, le coup décisif est donné par la psyché sociale⁵⁷ ». Les différents ordres sociaux sont en relation hiérarchique les uns avec les autres. La loi occupe la première place, mais cette hiérarchie se manifeste au niveau psychologique par les sentiments qu'éprouvent les membres de la communauté lorsqu'ils violent les normes des différents ordres sociaux : « Différents types de normes provoquent des sentiments d'intensité différente et nous réagissons à la violation de différentes normes par des sentiments différents. Comparez le sentiment d'indignation (*Empörung*) qui suit la violation de la loi avec l'indignation (*Entrüstung*) provoquée par la violation d'un commandement moral, avec le ressentiment (*Ärger*) provoqué par une inconvenience, avec la désapprobation (*Mißbilligung*) pour un manque de tact, avec le ridicule (*Lächerheit*) pour le manque de bon ton et, enfin, avec la réprobation (*Ablehnung*) critique que les champions de la mode réservent à ceux qui ne sont pas à leur hauteur⁵⁸ ». Indépendamment de la critique – certes plus que sévère – de Kelsen⁵⁹ à l'égard de cette tentative de classification psychologique des normes, une classification des normes de ce type semble certainement irréalisable aujourd'hui⁶⁰. Ce n'est certainement pas dans cette « orgie de théorie du droit psychologique » (Kelsen) que l'on peut attester de l'importance d'Ehrlich en tant que précurseur de la sociologie

56. Percy H. PARTRIDGE, « Ehrlich's Sociology of Law » in Geoffrey SAWER (dir.), *Studies in the Sociology of Law*, Canberra : Australian National University, 1961, p. 1 [NdT : republié in *Australasian Journal of Philosophy*, 39 (3), 1961, p. 201-222. DOI :10.1080/00048406112341181].

57. Eugen EHRLICH, *Die richterliche Rechtsfindung*, op. cit., p. 212.

58. Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 199-200.

59. Hans KELSEN, « Una fondazione della sociologia del diritto », op. cit., p. 90 et suiv. Vers la fin de sa vie, Kelsen a montré qu'il regrettait une critique aussi sévère. En fait, dans les années 1960, en modifiant – souvent même radicalement – sa Théorie pure du droit, Kelsen s'est rapproché d'une théorie réaliste (et même sociologique à bien des égards) du droit, confirmant, des décennies plus tard, les critiques formulées à son égard par des auteurs aux approches même opposées, d'Ehrlich à Erich Kaufmann. L'autocritique de Kelsen est documentée dans la publication du Verband der Berliner Gerichtssreferendare : *Bericht über die Studienreise der Berliner Gerichtssreferendare in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 26, September-26. Oktober 1965, Berlin : 1966, p. 539. Sur le différend entre Ehrlich et Kelsen, voir Alberto FEBBRAIO, « Presentazione », op. cit., p. 34-39 ; Hubert ROTTLEUTHNER, *Teoria del diritto e sociologia del diritto*, op. cit., p. 27 et suiv. ; ID., « Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/1917) » in Werner KRAWIETZ, Helmut SCHELSKY (dir.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, [Rechtstheorie, Beiheft 5], Berlin : Duncker Humblot, 1984, p. 521-551.

60. Nicholas S. TIMASHEFF, *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge (États-Unis) : Harvard University Press, 1939, p. 26 ; Thomas W. BECHTLER, *Der soziologische Rechtsbegriff. Eine systematische Darstellung*, Berlin : Duncker & Humblot, 1977, p. 76-78.

moderne du droit, en particulier de cette sociologie historique dans laquelle je me reconnais et qui se manifeste, à un niveau général, chez des auteurs comme Abrams et Giddens⁶¹.

L'importance d'Ehrlich réside dans la structure globale de son œuvre pionnière en matière de sociologie juridique. En effet, en bon historien du droit, il parvient à saisir la portée théorique tant du droit coutumier que du droit des juristes (en bref, de ce qu'il appelle les « propositions juridique » par opposition au « droit vivant ») et, en tant que sociologue, il ramène le droit vivant à la société et les propositions juridiques à l'abstraction propre aux Modernes : à l'État politique. Ce qu'il ne saisit pas, c'est *l'inversion* de l'abstrait et du concret : il ne voit pas que la modernité a renversé tout rapport entre l'abstrait et le concret et que – comme l'ont montré Marx d'une part et Simmel d'autre part – la modernité est précisément la domination de l'abstrait sur le concret, la domination des formes sur la vie. En un sens, Ehrlich est en deçà de Kelsen lorsqu'il ne saisit pas cet effet technologique et cette domination des formes sur la vie, même si Kelsen, pour sa part, ne voit pas que les formes sont, en dernière analyse, toujours le résultat de relations de vie particulières, qui ne se déroulent plus dans l'empyrée des constructions logico-déductives mais dans la concrétude des relations socio-économiques d'une formation sociale donnée. De ce dernier point de vue, le formalisme kelsénien n'est pas adapté au problème posé par Ehrlich concernant le contenu des propositions juridiques ou du droit tout court ; le changement dans les relations concrètes de la vie, la réglementation différente d'institutions telles que le mariage ou le droit des successions n'est pas indifférente à la forme, mais, d'une certaine manière, modifie la forme même de la loi, *tout comme* la forme contraint une grande partie de la vie réelle à entrer dans ses mailles puissantes.

Chaque fois que Kelsen se trouve confronté à un problème de « contenu » des normes juridiques (ou des propositions juridiques), il est obligé de reformuler le thème formaliste en termes encore plus généraux pour, si l'on peut dire, vider encore plus de tout contenu le moment de la réglementation générale. Ce vide expansif du droit doit précisément permettre d'enfermer tous les contenus matériels possibles des normes dans la forme-droit (qui est alors la forme-État). Mais la démarche de Kelsen correspond *réellement* à la dimension propre à l'État moderne, qui est de plus en plus « forme » et abstraction. Cette abstraction, cependant, est réellement capable d'enfermer un contenu, tous les contenus possibles, car elle devient l'expression pure d'une fonction et d'une domination technologiques.

Cependant, Ehrlich a aussi, pour sa part, raison : la vie n'est pas la forme d'une régulation abstraite. D'où sa tentative de montrer comment le « mariage » existe avant les propositions juridiques qui régissent l'ordre matrimonial. Kelsen pourrait répondre que, s'il s'agit d'un système juridique, il doit d'abord y avoir des normes

61. Je me réfère à Philip ABRAMS, *Sociologia storica*, traduction en italien de Giorgio MAGGIONI, Bologne : Il Mulino, 1983, et à Anthony GIDDENS, *Sociologia. Un'introduzione critica*, traduit en italien par Stefania Portaccio, Bologne : Il Mulino, 1983.

juridiques réglementant la relation matrimoniale concrète⁶². En effet, l'un a en tête une sorte de loi « naturaliste » (sinon naturelle), l'autre répond que toute loi est une loi posée, faite. Mais la vie n'est pas « fabriquée » : la vie est indépendante de toute réglementation légale. Pour faire référence à une expérience très discutée aujourd'hui : la famille de fait est-elle une famille ? Ou bien la famille est-elle seulement celle qui correspond aux critères formels du droit positif ? Les sujets qui vivent ensemble dans une famille de fait se « sentent » être une famille, même s'ils savent qu'ils ne le sont pas « juridiquement », mais leur sentiment est également juridique, bien qu'avec une juridicité différente de celle du droit légal ou officiel. C'est du droit vivant, dirait Ehrlich. Mais ce droit « vivant » est-il différent du droit naturel ? On revient à l'éternel problème du droit naturel et du positivisme juridique et, en effet, il ne serait pas tout à fait illogique de traduire la polémique entre la sociologie du droit d'Ehrlich et la science du droit de Kelsen dans l'opposition entre droit naturel et positivisme juridique, d'autant plus que Kelsen lui-même voulait voir dans la plupart des positions sociologiques un retour à la vieille métaphysique naturaliste.

VII.

Le point central de toute la discussion consiste essentiellement en ceci : Kelsen est un méthodologue, il étudie les présupposés rationnels et critiques d'une possible science du droit. Et il le fait dans une perspective précisément rationnelle, abstraite et formelle, en quelque sorte géométrique et mathématique, conformément aux analogies déjà exposées dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Ehrlich est attentif à un problème qui n'entre pas dans le champ d'observation du juriste viennois : le problème de la fonction sociale du droit. Pour Ehrlich, dont le concept de « science » est fortement influencé par celui d'Auguste Comte, « la science moderne de la société, la sociologie, considère le droit comme une fonction de la société. À ce titre, elle ne peut se limiter à la proposition juridique en tant que telle, mais doit considérer l'ensemble du droit dans son contexte social et encadrer également la proposition juridique dans son contexte social⁶³ ». Le contraste entre Kelsen et Ehrlich peut donc aussi être vu comme un contraste entre une vision structurelle du droit et une vision fonctionnelle de celui-ci. La sociologie est nécessairement une science attentive aux fonctions du droit dans la société, mais, de ce point de vue, elle ne s'oppose pas à la science du droit : la sociologie du droit et la science du droit se présupposent en quelque sorte mutuellement. La sociologie du droit a besoin de la science du droit, tout comme la science du droit sans la sociologie du droit serait un exercice purement verbal, puisque la connaissance dans ce cas concerne, contrairement à la connaissance de la nature, un phénomène, le droit, qui n'existe pas dans la nature mais qui est, au contraire, un produit social, historiquement déterminé. La sociologie du droit sans la science du droit est aveugle ; la science du droit sans la sociologie du droit est vide.

62. Sur l'opposition entre la théorie pure du droit et la théorie empirique pure, voir également Karl Georg WURZEL, *Die Sozialdynamik des Rechts*, 1924 [républié in *Id. Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Vienne-New York : Springer Verlag GmbH, 1991, p. 198 et suiv.].

63. Eugen EHRLICH, « Die Soziologie des Rechts », *op. cit.*, p. 252 [p. 63 de la trad. ital.].

Mais il faut ajouter à cela que si, d'une part, Ehrlich semble avoir raison lorsqu'il dit que c'est à partir de la société que la machine législative est mise en mouvement (une affirmation qui correspond également à celle de Kelsen dans les *Hauptprobleme* sur le législatif comme organe de la société et non de l'État)⁶⁴, il est tout aussi (et encore plus) vrai que le développement social a conduit l'État à être dans son ensemble à la fois un organe de la société, comme le souhaite Ehrlich⁶⁵, et une entité autonome et indépendante de la société elle-même, envers laquelle il opère en tant qu'entité motrice et promotionnelle. Je veux dire qu'en tant qu'historien et sociologue du droit, Ehrlich saisit une réalité objectivement existante dans le monde du droit moderne, mais ne parvient pas à aller au-delà de cette intuition, préfigurant la dimension proprement moderne de l'État social et interventionniste. La production et la consommation de normes⁶⁶ sont déterminées par les demandes des groupes et micro-groupes sociaux, mais il est également vrai que l'État lui-même induit ensuite, par sa production, de nouvelles « propositions juridiques », de nouveaux besoins dans le tissu de la réalité sociale. De ce point de vue, Kelsen est mieux à même qu'Ehrlich d'anticiper cette nouvelle situation sociale et institutionnelle de la modernité, parce qu'elle est étroitement liée au rôle du droit en tant que système autoréférentiel, c'est-à-dire fondé sur une norme et non sur la société, même si une norme fondamentale sert de règle pour la production de nouvelles normes⁶⁷. Il ne s'agit pas non plus de dire que le rôle d'Ehrlich au sein du mouvement du droit libre constitue une marque de prédilection à l'égard de Kelsen, car nul ne peut ignorer comment chez le juriste autrichien, au moins à partir d'une certaine phase de développement de la doctrine pure du droit, la théorie de l'interprétation permet une vision sociologique du droit, ouvrant le système juridique « fermé » à la prise en compte des intérêts sociaux et de leurs conflits⁶⁸. Cependant, le problème fondamental – à certains égards central – est qu'Ehrlich a une vision du droit qui n'est pas nécessairement conflictuelle, alors que pour Kelsen (comme pour Pound) le droit est une technique de contrôle social, c'est-à-dire un instrument de pacification, à la fois de prévention des litiges et surtout de règlement des différends. Le droit, chez Kelsen, se révèle être du droit précisément au moment de la « violation » du droit, il « vit » parce qu'il est violé ; chez

64. *Ibid.*, p. 249 [p. 60 de la trad. ital.].

65. « Qu'est-ce qui pousse l'État à prendre en charge, dans une mesure toujours plus grande, l'administration de la justice et la création du droit, qui n'appartenaient à l'origine qu'aux petits groupes sociaux, au point de revendiquer, au moins en théorie, une sorte de pouvoir suprême sur eux ? Si nous considérons l'État seul, en laissant la société entièrement de côté, cette attitude est incompréhensible ; elle ne devient explicable que si nous pensons à l'État, non pas comme une entité suspendue dans le vide, mais comme un organe de la société, dans la conscience toujours plus grande que tous ces groupes sociaux mineurs, qui se chevauchent en partie, se croisent en partie, se juxtaposent en partie, ne sont toujours que des briques dans la construction d'un groupe social plus grand et, en dernière analyse, de la société interne dont ils font partie », Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, *op. cit.*, p. 183.

66. Agostino CARRINO, *Scienza e politica nella crisi della modernità*, Rome : Edizioni Lavoro, 1989, p. 27 et suiv.

67. Agostino CARRINO, « Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen », *op. cit.*, p. 33 et suiv.

68. Renato TREVES, « Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen », *op. cit.*, p. 175.

Ehrlich, le droit – le droit « vivant » – est tout ce que les sujets produisent spontanément sans régulation extérieure. Très peu d'affaires de la vie sociale, dit Ehrlich, sont portées devant le juge, la plupart d'entre elles « se déroulent paisiblement » : « il y a d'innombrables êtres humains qui sont ou ont été entre eux dans d'innombrables relations juridiques sans jamais avoir eu affaire aux tribunaux⁶⁹ ». Il y a aussi des différends qui sont résolus pacifiquement. Mais est-ce que tout cela est du droit ? Le problème est de comprendre alors ce que l'on a en tête quand on parle de droit. Récemment, un sociologue du droit, Adam Podgórecki, a parlé de « droit intuitif⁷⁰ », et, à cet égard, non seulement le droit vivant d'Ehrlich vient à l'esprit, mais aussi celui de Petrzycki ou la sociologie de la culture de Sorokin, élève de Petrzycki⁷¹. Au fond, la question qui se pose est toujours la même : n'est-il pas possible que derrière ces adjectifs se cache toujours le même droit, ce droit que l'on dit « naturel »⁷² ?

J'ai déjà fait référence à la thèse de Kelsen, selon laquelle la sociologie du droit (et la sociologie plus généralement) est en grande partie du droit naturel déguisé. Certes, il est vrai que l'on peut trouver un moment prescriptif et évaluatif dans toute sociologie du droit, mais la sociologie du droit doit-elle nécessairement coïncider avec l'ancien droit naturel ? C'est à mon avis inévitable si – comme Ehrlich prétend le faire – on veut faire de la sociologie du droit la véritable science du droit⁷³. De ce point de vue, Kelsen a raison lorsqu'il combat les prétentions tant d'Ehrlich que des

69. Eugen EHRlich, « Die Soziologie des Rechts », *op. cit.*, p. 249 [p. 61 de la trad. ital.].

70. Adam PODGÓRECKI, *A Sociological Theory of Law*, Milan : Giuffrè, 1991, avec une présentation de Vincenzo Ferrari.

71. Pour Petrzycki et Sorokin également, les juges et les tribunaux ne sont que des produits secondaires de l'ordre juridique en tant qu'ordre social. Le *prius* est l'ordre juridique ; l'État est le résultat de l'ordre juridique et jamais la cause de son existence et de son efficacité. En fait, toute sociologie du droit ne conduit jamais à l'identification de l'État et du droit, mais saisit toujours la différence, puisqu'elle conçoit l'État comme le résultat historique du développement social (intellectuel et matériel). Sur la sociologie du droit de Petrzycki et Sorokin, voir Karl Berthold BAUM, *Leon Petrzycki und seine Schüler. Der Weg von der psychologischen zur soziologischen Rechtstheorie in der Petrzyckigruppe*, Berlin : Duncker & Humblot, 1967 (sur Sorokin, p. 96 et suiv.) ; spécifiquement sur Petrzycki voir Jan GORECKI (dir.), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrzycki*, Urbana : University of Illinois Press, 1975, qui rappelle que les élèves de Petrzycki comprenaient, outre Sorokin, également Georges Gurvitch et Nicholas S. Timasheff, tous deux auteurs de deux importantes sociologies du droit apparues presque simultanément à la fin des années 1930. Sur celle de Gurvitch, voir Renato TREVES, « Saggio introduttivo », in Georges GURVITCH, *Sociologia del diritto* (traduit en italien par Sergio Cotta), Milan : Edizioni di Comunità, 1957, p. 11-27 ; sur Timasheff, voir Alan HUNT, « The Sociology of Law Gurvitch and Timasheff : A Critique of Theories of Normative Integration » in Rita J. SIMON et Steven SPITZER (dir.), *Research in Law and Sociology*, 2, Greenwich : JAI Press, 1979, p. 169-204 (avec quelques références à Ehrlich).

72. C'est la même question que pose Vincenzo Ferrari dans la « Présentation » du livre de Podgórecki, citée plus haut, lorsqu'il écrit : « On peut se demander [...] si la notion de droit intuitif sur laquelle se fonde toute l'œuvre n'est pas une répétition d'instances de droit naturel, bien que formulées différemment. Le doute surgit spontanément, ne serait-ce qu'en raison de la fonction que la catégorie du droit intuitif assume tout au long de l'argumentation, en tant que mesure du droit officiel. Cela ne dispense pas non plus de considérer que l'auteur, un profane très attentif aux développements de l'histoire humaine, évite tout absolutisme, saisissant, même dans les formes intuitives du droit, le caractère transitoire et provisoire : en effet, à partir de Vico, les exemples de droit naturel historicisé ne manquent pas » (p. 10).

73. Face à des sociologues comme Ehrlich, a observé Renato Treves, « on peut dire que Kelsen a eu raison : en distinguant nettement la science du droit de la sociologie du droit, il a clairement défini la nature des investigations que cette dernière discipline mène aujourd'hui, et a indiqué précisément les sujets qu'elle traite » (« Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 176).

autres sociologues du droit : la sociologie du droit n'est pas et ne peut pas être la science du droit, qui est toujours, fondamentalement sinon exclusivement, une science normative, formelle. Pourtant, sans une dimension empirique, « sociologique », la science juridique n'aurait même pas d'objet propre : s'il est vrai que la science juridique est la connaissance du droit en tant que norme, en tant que forme, sans un contenu juridique il n'y aurait même pas de forme juridique, et c'est précisément la sociologie qui, en portant à la connaissance générale de nouveaux contenus qui soit sont déjà légaux, soit attendent et exigent une réglementation juridique, donne un nouveau travail à la science juridique normative, laquelle ne peut donc pas non plus se passer d'une base historique, qui spécifie le droit objet de la science juridique normative comme étant le droit proprement moderne, et donc social d'une part (en référence au concept tönnesien⁷⁴ de *Gesellschaft*) et étatique d'autre part. Lorsqu'Ehrlich et Kelsen écrivent, le problème du droit du travail commence à se poser : Ehrlich observe à juste titre que le problème du contrat de travail est l'un des problèmes les plus vivement ressentis par la population et que, malgré cela, un code classique comme le code français ne lui consacre que deux maigres articles⁷⁵. La science juridique, c'est-à-dire la science du droit moderne, ne produit plus de droit : elle se limite à la connaissance, mais elle aurait été une science pauvre et vide si elle ne s'était pas confrontée au problème d'aller au-delà des deux articles du Code Napoléon, en élaborant aussi le droit possible pour une réglementation juridique des nouvelles formes de contrat de travail imposées par les évolutions de la réalité sociale. C'était vrai au début du ^{xx}e siècle, mais c'est également vrai aujourd'hui, chaque fois que nous sommes confrontés à des demandes de réglementation qui émanent de la société, par exemple dans le domaine des relations civiles, des droits des femmes, des minorités, etc., et qui (en règle générale, mais pas toujours) demandent à l'État de réglementer officiellement les nouvelles relations produites par l'évolution de la société.

VIII.

La science du droit et la sociologie du droit s'interpénètrent donc et ne peuvent être l'une sans l'autre. Dans un passage peu connu, Kelsen observe que le juriste doit aussi être sociologue s'il veut être juriste ; il en va de même pour le sociologue du droit, qui ne peut qu'être aussi juriste, avec la seule limitation (intellectuelle, avant tout) de déclarer à l'avance quand il agit comme sociologue du droit et quand il agit comme juriste. Ehrlich ne le fait pas vraiment. Il veut établir une sociologie du droit comme une véritable et authentique science du droit. D'une certaine manière, c'est le sort du pionnier d'une nouvelle science, qui se laisse emporter par le nouveau monde qu'il vient de découvrir. Mais simplement parce que la critique de Kelsen à

74. Il souligne l'importance de la distinction tönnesienne entre communauté et société chez Ehrlich, William M. JOHNSTON, *L'Esprit viennois. Une histoire intellectuelle et sociale, 1848-1938* (traduit en français par Pierre-Emmanuel Dauzat), Paris : Presses universitaires de France, 1991, p. 99.

75. « La loi dans son intégralité n'est pas enfermée dans le texte des normes juridiques positives » : ainsi commente, en se référant à Ehrlich, Herman Heller in Id., *Dottrina dello Stato* (traduit en italien par Ulderico Pomarici), Naples : ESI, 1988, p. 395.

l'égard du sociologue semble logiquement correcte⁷⁶, ce serait une grave erreur de ne pas voir les raisons pour lesquelles la sociologie du droit, et celle d'Ehrlich en particulier, se trouve déjà dans cette phase aurorale de sa croissance. La proposition juridique, dit Ehrlich, est « conditionnée par la société⁷⁷ ». Malgré la dérision de Kelsen à l'égard d'une affirmation qui peut sembler triviale, il s'agit en fait d'une position loin d'être sans intérêt. On ne comprend pas pourquoi Kelsen, qui s'en prend également à Ehrlich, n'a rien dit contre un autre auteur qui défendait des positions similaires, Karl Renner, lui-même en quelque sorte un juriste-sociologue dont Ehrlich avait également été très proche tant d'un point de vue scientifique que politique⁷⁸. Cela est probablement dû à une contradiction spécifique de la position d'Ehrlich, celle de confondre la genèse de la réglementation juridique avec la réglementation elle-même. Ehrlich, en bon partisan du mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*), voit que le conflit social impose, à un moment donné, la création de nouveau droit par les juges et même de nouvelles lois, mais il confond le lieu qui pose les prémisses et les conditions de la création de nouveau droit avec le droit lui-même. Dans l'État moderne, une demande de droit n'est pas du droit ; le retour au *status*, par exemple, qui caractérise une grande partie du fondement des revendications des nouveaux sujets sociaux (femmes, noirs, etc.), ne signifie pas que le *status* constitue un droit en soi. Le *status* est le moment génétique d'une position souvent conflictuelle vis-à-vis du droit existant et de l'État (qui est présumé, par exemple, discriminant à l'égard de certains groupes sociaux ou ethniques), mais seul le droit « fait » est, aujourd'hui, le droit. La sociologie du droit a pour tâche principale d'étudier empiriquement les attitudes de groupes sociaux particuliers à l'égard du droit positif existant, mais elle ne peut confondre ce désir de nouveau droit, de nouvelles règles, avec les règles ou le droit tout court. En effet, la sociologie du droit est une science empirique exposée au risque du droit naturel dès lors qu'elle s'éloigne soit du caractère concret de l'expérience juridique et/ou de l'étude scientifique du droit de la science juridique normative.

Ce n'est pas un hasard si un sociologue néo-marxiste, Karl Korsch⁷⁹, a vu dans le droit du travail une sorte de droit de guerre, de *jus belli*, du prolétariat. Le droit de la classe ouvrière – comparable au droit de la bourgeoisie dans sa phase révolutionnaire – est considéré comme un droit réel, une sorte de « droit vivant ». Mais ce droit vivant, détaché comme il l'est de la science juridique « bourgeoise », n'est en fait rien

76. Stanley L. PAULSON, « Introduction » à *Formalismo giuridico e realtà sociale*, *op. cit.*, p. 20 et suiv.

77. Eugen EHRLICH, « Die Soziologie des Rechts », *art. cit.*, p. 250 [p. 62 de la trad. ital.].

78. Renner considérait Ehrlich comme un allié dans les premières batailles pour la défense des couches les moins aisées de la société ; dans la bibliographie d'Ehrlich, par exemple, il faut rappeler l'essai sur « Die soziale Frage und die Rechtsordnung », publié sous un pseudonyme dans la *Neue Zeit* (1891) et aussi l'essai, signé par Ehrlich sur « Die soziale Frage im Privatrecht », publié dans la même revue en 1892, qui coïncide presque entièrement avec le premier. R. Kawakami (« Eugen Ehrlich », *op. cit.*, p. 255), soupçonne Ehrlich d'un « engagement politique majeur » dans ces années de sa vie. Pour sa part, William M. Johnston (*L'esprit viennois*, *op. cit.*, p. 101) note que sur certaines questions Ehrlich était proche de la théorie marxiste : « ce sont les forces économiques et sociales qui influencent le droit, et non l'inverse ».

79. Agostino CARRINO, *Stato e filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch*, Naples : Jovene, 1981.

d'autre que le droit naturel⁸⁰. De ce point de vue, Kelsen a raison contre Ehrlich dans la mesure où Ehrlich ne précise pas les caractéristiques et les limites de sa sociologie du droit, mais en fait une sorte de science « pure » du droit qui exclut toute « application pratique »⁸¹. Cela n'enlève rien au fait qu'Ehrlich pose un problème décisif, tant du point de vue de la sociologie du droit que de celui d'une théorie du droit moderne (et de l'État) : la conditionnalité sociale du droit *étatique*. Ehrlich n'est pas sans rappeler Marx lorsqu'il affirme que l'État est, dans un certain sens, un instrument des classes socialement dominantes et que lorsque l'État commence à faire des concessions à des couches sociales autres que les dominantes, cela signifie que ces nouvelles couches sociales ont accru leur influence sociale et leur pouvoir⁸². L'État moderne, du point de vue sociologique, ne peut coïncider avec le droit, contrairement à la thèse de Kelsen, car sinon nous perdriions la dimension la plus importante qui nous permet de comprendre l'évolution tant du droit que de la société et de l'État, dimension qui fait de la société moderne une société de groupes et de classes en conflit les uns avec les autres. Le problème du conflit est déplacé et dissout par la théorie pure du droit, même lorsqu'il est reconnu ; Kelsen ne parvient pas à rendre compte simultanément de l'unité et de la multiplicité, du consensus et du désaccord, de l'intégration et du conflit, de la substance et de la fonction. D'autre part, une comparaison entre la position d'Ehrlich et celle de Kelsen montre clairement qu'aucune théorie du droit ne peut se passer d'une science sociale du droit, que seule une symbiose entre l'analyse structurelle et l'analyse fonctionnelle⁸³ permet de rendre compte du phénomène du « droit » dans sa complexité. Comme l'a observé Norberto Bobbio, ce qui « caractérise la situation actuelle, ce sont précisément les conditions que nous avons considérées comme particulièrement favorables à l'émergence d'une science du droit anti-traditionnelle, qui cherche son objet en dernier ressort non pas tant

80. La sociologie ehrlichienne, comme d'autres sociologies contemporaines – celle de Petrážický, par exemple, puis celle de Sorokin – ne parvient pas à s'élever jusqu'à une vision dialectiquement intégrale du rapport entre le système juridique et la réalité sociale : l'un et l'autre restent opposés et ne sont intégrés que dans une ébauche de théorie du changement social qui débouche sur une théorie du conflit entre deux ordres juridiques, parfois appelés droit des propositions juridiques et droit vivant, droit intuitif et droit positif, droit officieux et droit officiel (Sorokin). Il ne fait aucun doute que la sociologie juridique de cette époque est d'une certaine manière marquée par l'ancienne théorie marxiste de la Révolution, même lorsque la sociologie marxiste ou néo-marxiste est rejetée.

81. Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, op. cit., p. 179 : « Le nom de “sociologie du droit” exprime ainsi le fait qu'il s'agit d'une pure science du droit, à l'exclusion de toute application pratique, tant en science du droit qu'en politique du droit, et que cette science du droit doit devenir une branche de la science de la société et ne s'occuper du droit que comme phénomène social » [traduit en italien par Agostino Carrino in Eugen EHRLICH et Hans KELSEN, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, op. cit., p. 37].

82. *Ibid.*, p. 190 [p. 46 de la trad. ital.].

83. Le problème de l'analyse fonctionnelle est très présent chez Ehrlich : voir, par exemple, ce qu'il a écrit dans *Gesetz und lebendes Rechts*, 1920, maintenant in Eugen EHRLICH, *Gesetz und lebendes Rechts*, op. cit., p. 235, sur l'analyse fonctionnelle du droit des contrats, une analyse fonctionnelle qui ne peut se limiter à la formulation codicifique (toujours issue du droit romain), mais doit pénétrer dans la vie du droit, dans les rapports réels de la vie sociale, afin de pouvoir classer le droit des contrats selon ses fonctions spécifiques objectivement constatables dans la réalité moderne. Il est important de noter que la division d'Ehrlich concerne avant tout l'organisation du travail et le mode (l'organisation) de production des biens. En effet, Ehrlich, malgré sa sociologie historique, ne néglige jamais la situation sociale moderne concrète, même si je ne me souviens pas de l'utilisation par Ehrlich du terme « capitalisme ».

dans les règles du système donné que dans l'analyse des rapports sociaux et des valeurs dont sont extraites les règles du système ; et qui, loin de se considérer, comme elle l'a longtemps fait, comme une science autonome et pure, recherche de plus en plus une alliance avec les sciences sociales, au point de se considérer comme une branche de la science générale de la société⁸⁴ ».

IX.

Dans cette perspective, la limite d'Ehrlich par rapport à la sociologie juridique contemporaine apparaît également clairement : Ehrlich peut être considéré, à certains égards, comme un exposant de ce qu'on appelle aujourd'hui le « sociologisme⁸⁵ » et qui doit être clairement distingué de toute sociologie authentique (y compris du droit). En outre, la sociologie du droit d'Ehrlich, comme Kelsen l'a observé à juste titre dans sa critique, souvent, ne se distingue pas d'une science psychologique du droit, et la psychologie est en fait parfois le seul domaine dans lequel il est possible de trouver une explication qui rende compte du sens de certaines déclarations d'Ehrlich autrement incompréhensibles. Sa science « pure » du droit est toute fondée, explicitement, sur une « théorie de la reconnaissance » comme fait psychique de la vie des sujets. Il serait extrêmement intéressant de comparer la sociologie d'Ehrlich avec les sociologies du droit d'autres de ses contemporains, en particulier Petrážky : cela confirmerait – du moins à mon avis – le fait qu'au fondement de nombreuses approches qui se prétendent sociologiques se trouve en fait toujours une « psychologie sociale » (comme on peut le déduire de plusieurs passages des *Grundlegung der Soziologie des Rechts* d'Ehrlich), qui explique les normes juridiques par rapport au sentiment de justice ou au « ressentiment » pour la violation de la norme⁸⁶. Il s'agit là d'une limite très forte de l'approche d'Ehrlich, mise en évidence par Kelsen, mais également soulignée de manière critique par les sociologues contemporains du droit, par exemple par Alberto Febbrajo, qui écrit :

Pour définir le droit, Ehrlich adhère au modèle de définition de la théorie dite de la reconnaissance (*Anerkennungstheorie*), qui tend à considérer la conviction du groupe comme décisive pour caractériser le droit, et donc [...] il est contraint de psychologiser les critères de distinction entre le droit et les autres normes sociales au point de les

84. Norberto BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. nuovi studi di teoria del diritto*, Milan : Edizioni di Comunità, 1977, p. 56 [NdT : *De la structure à la fonction* (traduit en français par David Soldini), Paris : Dalloz, 2012].

85. Ainsi Erich FECHNER, « Rechtssoziologie », in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Stuttgart-Tübingen-Göttingen, 1964, 8, p. 762-768. Sur les limites de la sociologie du droit d'Ehrlich, voir également Hans RYFFEL, « Schriften zur Rechtssoziologie », in *Verwaltungsarchiv*, 64, 1973, p. 38-50. Selon Georges Gurvitch (*Sociologia del diritto*, op. cit., p. 133-134) « (l) e défaut essentiel de la sociologie juridique d'Ehrlich [...] est l'absence absolue de toute analyse microsociologique et différentielle, c'est-à-dire d'une explication qui rende compte des formes de socialité et des types juridiques de groupes [...] L'absence d'une typologie microsociologique et juridique des groupes conduit Ehrlich à des conceptions fortement monistes. En outre, le droit de la société est artificiellement appauvri en étant confiné exclusivement à la sphère du spontané, comme s'il n'avait pas, lui aussi, ses propres propositions abstraites dans les statuts autonomes des groupes et ne tirait pas ses règles décisionnelles du fonctionnement des tribunaux d'arbitrage et des instances similaires ».

86. Sur le lien entre le droit et la psyché, voir Thomas W. BECHTLER, *Der soziologische Rechtsbegriff*, op. cit., p. 52 et suiv.

rendre effectivement inutiles. On peut ajouter ici qu'Ehrlich radicalise même la « théorie de la reconnaissance » en excluant aussi implicitement du concept de droit les normes qui sont reconnues comme loi par l'appareil coercitif, mais pas par les autres membres de la société⁸⁷.

Malgré les références d'Ehrlich au fait que sans « science pure » aucune application ou invention technologique n'a jamais été possible, force est de constater que la scientificité de la sociologie du droit aujourd'hui ne se manifeste pas tant dans sa « pureté » que dans sa capacité à saisir et à décrire, d'une part, les fonctions propres au droit moderne⁸⁸, et, d'autre part, la réalité empiriquement observable des comportements individuels des praticiens du droit et des sujets qui sont et/ou entrent en relation avec le système juridique. Ni la sociologie juridique théorique ni la sociologie juridique empirique ne peuvent aujourd'hui voir en Ehrlich plus que l'initiateur d'une science qui a pris des chemins différents de ceux sur lesquels son précurseur voulait la lancer. Aujourd'hui, la sociologie du droit sert également à alerter le législateur (ou en tout cas tous les organes producteurs de règles juridiques générales – communes, régions, etc.) sur les effets que telle ou telle réglementation peut ou ne peut pas avoir sur la population. Et aussi d'alerter en général sur les changements sociaux réels qui précèdent une modification de l'ordre étatique existant. Le problème de la régulation par le droit des comportements individuels et les questions que les sujets posent au système juridique font partie des tâches principales et essentielles du sociologue du droit, qui a ainsi conquis (ou du moins doit conquérir) le rôle que jouait dans les siècles passés le philosophe du droit. La sociologie moderne, à la fois critique et relativiste, est bien consciente de la séparation entre « ce qui est » et « ce qui doit être », séparation qui n'est pas seulement une question de terminologie mais un horizon de sens de l'action sociale et de la réflexion théorique sur l'action. L'actualité d'une sociologie comme celle de Max Weber occulte certainement la fonction de la sociologie juridique d'Ehrlich, à qui il faut cependant attribuer le mérite d'avoir été parmi les premiers à poser le problème d'une sociologie du droit en tant que science, même s'il n'a pas toujours réussi à comprendre le problème d'une autonomie de cette science par rapport aux autres types de science qu'elle ne pouvait en aucun cas supplanter.

En plus d'avoir su saisir, bien à l'avance, les limites de la régulation juridique mais aussi les phénomènes actuels de la crise de l'État⁸⁹ et de l'impossibilité de réduire

87. Alberto FEBBRAJO, « Presentazione » in Eugen EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 40.

88. Traitement des conflits, orientation sociale, légitimation sont quelques-unes des fonctions du droit étudiées notamment par Vincenzo FERRARI, *Funzioni del diritto*, op. cit.

89. C'est un des aspects de plus grande actualité qu'il reconnaît dans la sociologie d'Ehrlich, Alberto FEBBRAJO, *E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente*, op. cit., où il écrit (p. 157) que le pluralisme juridique d'Ehrlich peut aujourd'hui apparaître, après la critique qui lui a été également adressée, même une anticipation des situations sociopolitiques actuelles, liées à la crise de l'État. « Un nouveau paradoxe de l'œuvre d'Ehrlich émerge ici – poursuit Febbrajo – qui, précisément parce que son orientation vers le passé la distingue d'une grande partie de la sociologie du droit ultérieure, qui tend principalement à saisir et à incorporer les innovations du présent dans de larges constructions, parvient de manière inattendue, avec la manifestation progressive des limites de ces innovations et de leurs “crises”, à renverser son orientation rétrospective, se révélant même capable d'envisager de futures “contre-tendances” évolutives ».

tout le droit au droit étatique, le mérite d'Ehrlich, pour citer Rottleuthner⁹⁰, fut d'avoir mis ses lentilles et d'avoir commencé à regarder sans avoir préalablement nettoyé les instruments d'observation. On ne peut pas trop reprocher à Ehrlich de ne pas avoir toujours été capable d'observer clairement la réalité des choses : ses lentilles étaient brouillées⁹¹. Ce qui n'empêche pas que passer son temps à nettoyer des lentilles (comme dans le cas de Kelsen) peut être encore moins significatif que d'observer le monde d'une manière ou d'une autre. Il y a un temps pour nettoyer les lentilles et un temps pour regarder, comme l'a enseigné Sigmund Freud.

■ L'auteur

Professeur ordinaire, Agostino Carrino vit et travaille à Rome. Il a occupé la chaire de Droit public, doctrine de l'État et philosophie du droit à l'université de Naples Federico II. Il a fondé plusieurs revues dont *Diritto e cultura* (ESI, Naples) et *Lo Stato* (Mucchi, Modène) ainsi que des collections d'ouvrages scientifiques : « Jus publicum europaeum » (Giappichelli, Turin), « Il principe e la repubblica » (Mimesis, Milan). Il édite actuellement les œuvres complètes de Hans Kelsen en italien aux éditions Rubbettino. Parmi ses dernières publications : *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti* (Milan : Mimesis, 2019); *Weimar. Critica di una costituzione* (Milan : Mimesis, 2021) ; *Legge e libertà* (Milan : Mimesis, 2022).

90. Hubert ROTTLEUTHNER, *Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich*, op. cit., p. 551.

91. Michel VILLEY, « Études récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique », *Archives de philosophie du droit*, 13, 1968, p. 353, rapporte les difficultés d'Ehrlich au fait qu'il se trouve pris « entre des philosophies opposées, entre lesquelles il n'ose pas choisir », et surtout, au fait « que l'influence du néo-kantisme le paralyse ».