



**Revus**

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of  
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

**19 | 2013**

**Pravna metodologija**

---

## Le réalisme juridique redéfini

*Legal Realism Restated*

**Riccardo Guastini**

Traducteur : Éric Millard

---



### Édition électronique

URL : <http://revus.revues.org/2511>

DOI : 10.4000/revus.2511

ISSN : 1855-7112

### Éditeur

Klub Revus

### Édition imprimée

Date de publication : 10 juin 2013

Pagination : 113-129

ISSN : 1581-7652

### Référence électronique

Riccardo Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus* [Online], 19 | 2013, Online since 30 June 2013, connection on 30 September 2016. URL : <http://revus.revues.org/2511> ; DOI : 10.4000/revus.2511

---

Ce document est un fac-similé de l'édition imprimée.

All rights reserved

Riccardo Guastini\*

## Le réalisme juridique redéfini

On peut caractériser le réalisme juridique – ou au moins *une forme* de réalisme juridique – comme la conjonction de trois thèses étroitement liées : une thèse ontologique porte sur le droit et répond à la question : « le droit est une entité de quel type ? » ; une thèse méthodologique a pour objet l'interprétation et répond à la question : « L'activité interprétative est une activité de quel type ? » ; et une thèse épistémologique qui a pour objet la connaissance (la « science ») du droit et répond à la question : « En quoi consiste la connaissance scientifique du droit ? ».

**Mots-clés** : réalisme ontologique, réalisme épistémologique, réalisme méthodologique, réalisme juridique

On peut caractériser le réalisme juridique – ou au moins *une forme* de réalisme juridique – comme la conjonction de trois thèses étroitement liées : une thèse ontologique, une thèse méthodologique et une thèse épistémologique (que je désigne ainsi faute de mieux, bien que ces noms ne soient pas toujours appropriés).<sup>1</sup>

La thèse ontologique porte sur le droit ; elle répond à la question : « Le droit est une entité de quel type ? ».

La thèse méthodologique a pour objet l'interprétation ; elle répond à la question : « L'activité interprétative est une activité de quel type ? ».

La thèse épistémologique, enfin, a pour objet la connaissance (la « science ») du droit ; elle répond à la question : « En quoi consiste la connaissance scientifique du droit ? ».<sup>2</sup>

\* guastini@unige.it | Professeur de droit constitutionnel et de théorie générale du droit, l'Université de Gênes.

1 On trouve une caractérisation différente du réalisme juridique, plus complexe, chez Pierluigi Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto, Materiali per una storia della cultura giuridica* (2012) 1, pp. 240 ss., qui explicite sur un mode analytique une longue série d'assumptions méthodologiques et épistémologiques propres à un réalisme, disons, « bien compris ». Parmi celles-ci méritent d'être mentionnées au moins : la réfutation du jusnaturalisme, l'empirisme, le non-cognitivism éthique. Voir aussi Chiassoni, *Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen*, in : José Juan Moreso, José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

2 A ces trois thèses, on pourrait en ajouter une quatrième, accessoire : une thèse sémantique, qui répond à la question : « Quelle est la signification des termes juridiques ? » Le réalisme « sémantique », si nous voulons l'appeler ainsi, a pour objet la signification soit des termes employés par les autorités normatives (disons : le « législateur », mais naturellement dans un

Il semblerait naturel de commencer avec la thèse ontologique, mais il y a de bonnes raisons (qui nous apparaîtront claires par la suite) pour en différer l'examen, et pour commencer au contraire avec la thèse méthodologique, puisque la thèse réaliste en matière d'interprétation conditionne tout le reste.

## 1 RÉALISME MÉTHODOLOGIQUE

Le réalisme méthodologique est, très simplement, une théorie sceptique de l'interprétation :<sup>3</sup> l'interprétation – ou l'attribution de signification aux textes normatifs – est une activité qui n'est pas cognitive, mais « décisionnelle ». Pour le dire avec Kelsen : c'est un acte de volonté, et non pas un acte de connaissance.<sup>4</sup> Nous parlons ici, évidemment, de l'interprétation juridique par antonomase : de l'interprétation juridictionnelle.

D'un autre côté, ce n'est pas seulement l'interprétation accomplie par des juges – et plus généralement par des organes d'application<sup>5</sup> – qui constitue (normalement) une activité décisionnelle ; c'est aussi celle accomplie par les juristes (par la « doctrine » ou la « dogmatique »).

---

sens « matériel ») pour formuler des normes, soit des termes employés par les juristes pour les décrire (pour décrire leur contenu). Les termes déontiques - « obligatoire », « interdit », « permis », etc. - tout comme les termes qui dénotent des situations juridiques subjectives – « droit », « pouvoir », etc. – sont dépourvus de référence sémantique. Ils ne désignent rien dans le monde. Ils remplissent simplement une fonction prescriptive, directive, ou normative : c'est-à-dire qu'ils servent à diriger le comportement. Les termes dogmatiques - « propriété », « contrat », etc. – sont également dépourvus de référence sémantique. Ils sont utilisés, soit par le législateur, soit par les juristes, pour représenter de manière succincte la relation entre des fragments de normes qui déterminent une classe abstraite de faits quelconque (par exemple, les différents modes d'acquisition de la propriété d'un bien) et des fragments de normes qui déterminent la conséquence juridique qui y est attachée (par exemple, les différentes conséquences juridiques qui découlent de cette acquisition). Cette façon de voir s'appuie sur les travaux de Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà* (1962), in : Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milan, Comunità, 1966 ; *Law as Fact*, 2nd ed., Londres, Stevens & Sons, 1971 ; et d'Alf Ross, *Tù-Tù* (1951), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 103-116 ; et Alf Ross, La définition dans le langage juridique (1958), traduit par Eric Millard in : Elsa Matzner, *Droit et langues étrangères*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, pp. 73-89 ; Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958.

- 3 Riccardo Guastini, *Rule-Scepticism Restated*, in : Leslie Green, Brian Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford U.P., 2011.
- 4 Hans Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in : Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Turin, Giappichelli, 1989 ; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, Preface. *On Interpretation* ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la seconde édition par Charles Eisenmann (1960), Paris, LGDJ, 2004.
- 5 Il n'y a pas que les juges qui appliquent le droit (comme le soutient souvent, ou semble le soutenir, le réalisme naïf), mais aussi, évidemment, les fonctionnaires de l'administration publique et, de manière moins évidente, les organes constitutionnels suprêmes.

## 1.1 Interprétation au sens strict

Les textes normatifs – « le droit », donc, dans un des sens de ce mot<sup>6</sup> – souffrent de multiples formes d'indétermination. D'un côté, les énoncés normatifs sont souvent ambigus, et donc admettent différentes interprétations : on ne sait pas si l'énoncé E exprime la norme  $N_1$  ou la norme  $N_2$ . D'un autre côté, chaque norme est fatalement vague, et donc admet différentes « concrétisations » : pour une norme N (exprimée ou explicite : identifiée au moyen de l'interprétation textuelle « in abstracto ») on ne sait pas si le cas  $x$  tombe ou non dans son champ d'application (et cela dépend de la subsomption, ou de l'interprétation « in concreto » si on veut l'appeler ainsi).<sup>7</sup>

Succinctement : tous les textes normatifs admettent des interprétations – *in abstracto* et/ou *in concreto* – synchroniquement en conflit et/ou diachroniquement variables.<sup>8</sup> Il s'ensuit que de nombreuses controverses (peut-être pas

6 Voir *infra* la première thèse ontologique.

7 J'ajoute que l'ensemble des énoncés normatifs présente fatalement des lacunes (des faits non réglés) et des antinomies (des faits réglés de deux manières incompatibles) : les unes et les autres, en vertu de l'interdiction du déni de justice, en vigueur dans la majeure partie des systèmes occidentaux modernes, exigent des juges des solutions. Il faut préciser, toutefois, que les lacunes et les antinomies ne précèdent pas l'interprétation, mais la suivent. Autrement dit : *en fonction d'une certaine interprétation*, les textes normatifs présentent une lacune et/ou des antinomies ; mais, *à la lueur d'une interprétation différente*, il est possible que la lacune et/ou l'antinomie disparaissent.

8 Cette manière de voir se rencontre surtout chez certains réalistes américains, dans l'« école réaliste de Gênes », chez certains réalistes français (dans la « théorie réaliste de l'interprétation » ou « école réaliste de Nanterre ») et, à bien y regarder, chez Kelsen lui-même (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1ère édition), Vienne, Franz Deuticke, 1934, chapitre VI ; *Théorie pure du droit*, Traduction française de la seconde édition de *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann (1960), Paris, LGDJ, 2004, chapitre VIII).

Pour le réalisme américain, on peut voir : Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milan, Giuffrè, 1962 ; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford U.P., 1993 ; Silvana Castignone, Carla Faralli, Mariangela Ripoli (eds.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Turin, Giappichelli, 2002 ; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007.

Pour l'« Ecole de Gênes » : Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Bologna, Mulino, 1974 ; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milan, Giuffrè, 1980 ; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milan, Giuffrè, 2011 ; Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999 ; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologne, 2007 ; Paolo Comanducci, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. I. Regole, metodi, modelli*, Turin, Giappichelli, 1999 ; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2010 ; Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009 ; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Rome, Aracne, 2009 ; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012 ; voir également : Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Battista Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 et Veronique Champeil-Des-

toutes, mais de nombreuses) et, plus généralement, de nombreuses (peut-être pas toutes, mais de nombreuses) « questions de droit » admettent des solutions différentes concurrentes.<sup>9</sup>

Les choses étant ainsi, il paraît évident que les énoncés interprétatifs – *in abstracto* (« L'énoncé normatif E exprime la norme N ») et *in concreto* (« Le cas x tombe dans le champ d'application de la norme N ») – sont le résultat de choix et de décisions, et non d'une connaissance. Ce qui veut dire que ces énoncés interprétatifs n'ont pas un caractère descriptif, ou cognitif, mais plutôt ascriptif – qui ne se différencie pas de celui des stipulations et redéfinitions, auxquelles ils sont en tous points analogues<sup>10</sup> – et, en tant que tels, ils sont dépourvus de valeurs de vérité.<sup>11</sup>

Les décisions interprétatives des opérateurs juridiques sont conditionnées, comme cela est naturel, par leurs intérêts pratiques (politiques, économiques, professionnels, etc.), par leurs idées de justice, par l'acceptabilité des différentes décisions dans la culture juridique existante,<sup>12</sup> ainsi que – *last, not least* – par les constructions conceptuelles élaborées par les juristes académiques, ou par la dogmatique juridique.

## 1.2 Construction juridique

D'un autre côté, dans le langage commun des juristes, le mot « interprétation » est utilisé de manière un peu obscure pour dénoter la totalité des opérations intellectuelles des opérateurs juridiques.

---

plats, Présentation, in : Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010. Pour les réalistes français : Michele Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001 ; *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2012 ; Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

- 9 Ce qui est d'autant plus vrai, naturellement, en présence de lacunes et d'antinomies (voir *supra*, note 7).
- 10 Riccardo Guastini, Interpretive Statements, in : E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- 11 On peut considérer comme acquis que les définitions stipulatives (qui incluent les redéfinitions) n'ont pas de valeur de vérité. Ce qui a été dit dans le texte n'exclut pas, toutefois, que l'interprétation puisse aussi être une activité authentiquement cognitive (analogue aux définitions informatives). Telle est l'interprétation qui se limite à énumérer les diverses significations possibles ou admissibles d'un texte normatif, sans en choisir aucune. Nous y reviendrons en discutant de la science juridique (voir *infra*, la seconde thèse épistémologique). Par exemple, soit un énoncé normatif E ambigu, de telle manière qu'il puisse être compris alternativement comme exprimant la norme N<sub>1</sub> ou la norme N<sub>2</sub> ; l'énoncé interprétatif « E peut signifier N<sub>1</sub> ou N<sub>2</sub> » aura un caractère cognitif ; en revanche l'énoncé interprétatif « E signifie N<sub>1</sub> » tout comme l'énoncé interprétatif « E signifie N<sub>2</sub> » auront un caractère décisionnel. L'interprétation juridictionnelle a évidemment un caractère non cognitif mais décisionnel, comme la plus grande partie de l'interprétation doctrinale.
- 12 Aulis Arnio met l'accent sur l'acceptabilité des décisions interprétatives : Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

En y regardant de près, il n'est pas difficile de s'apercevoir que les opérateurs juridiques – et, parmi eux, avant tout les juristes académiques – ne se limitent pas à décider la signification des documents normatifs : ils font d'autres choses. Après tout, l'interprétation entendue strictement (l'attribution de signification à un texte) n'est qu'une partie – et peut-être pas la plus importante – de leur travail.<sup>13</sup>

A côté de l'interprétation proprement dite, et en lien inextricable avec elle, les opérateurs juridiques font œuvre de « construction juridique ». <sup>14</sup> Je me réfère avec cette expression à un ensemble, par ailleurs indéterminé, d'opérations intellectuelles, parmi lesquelles on peut citer :

- i. La création des lacunes normatives et, encore plus, des lacunes axiologiques ;
- ii. la création des hiérarchies axiologiques entre normes ;
- iii. la concrétisation des principes ;
- iv. la pondération entre principes en conflit ;
- v. la création et (parfois) la solution des antinomies ; et, plus que tout,
- vi. l'élaboration de normes « implicites » (qui sont prétendues implicites au système juridique, bien que normalement elles ne sont pas dérivables au sens strict, ou au sens logique, d'autres normes).<sup>15</sup>

Toutes ces opérations sont liées les unes aux autres de manière diverse. L'élaboration de normes implicites sert évidemment à combler des lacunes nor-

13 Riccardo Guastini, *Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes*, in : Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

14 L'expression est évidemment empruntée à Rudolf von Jhering. Voir à ce propos Giorgio Lazaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turin, Giappichelli, 1965 ; Mario G. Losano, *Introduzione*, in Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Turin, Einaudi, 1972 ; Mario G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Turin, Giappichelli, 1968, spec, la seconde partie, chap. VIII.

15 Succinctement :

- (i) une lacune normative est l'absence pour un cas d'espèce d'une réglementation juridique, alors qu'une lacune axiologique est l'absence d'une réglementation satisfaisante (et la présence en revanche d'une réglementation non satisfaisante) ;
- (ii) une hiérarchie axiologique est une relation de valeur entre normes constituée par les interprètes au moyen d'un jugement de valeur comparatif ;
- (iii) concrétiser un principe signifie en tirer une norme implicite au moyen de l'argumentation ;
- (iv) la pondération de deux principes en conflit consiste à établir entre eux une hiérarchie axiologique ;
- (v) la création d'une antinomie est le prélude à l'abrogation ou à l'invalidation d'une des normes concernées, ou à une dérogation à l'une des normes concernées (et par ailleurs toutes les antinomies ne peuvent pas être résolues sur la base de critères pré-constitués : par exemple, les antinomies entre principes constitutionnels) ;
- (vi) une norme implicite est une norme qui ne constitue pas une signification plausible d'une disposition spécifique quelconque.

matives (réelles ou supposées). La création d'une lacune axiologique est un prélude à la construction d'une norme implicite destinée à la combler. La concrétisation des principes consiste en une forme particulière d'élaboration de normes implicites. Les conflits entre principes sont des antinomies d'un type spécial, qui ne peuvent être résolus que par construction juridique, et les hiérarchies axiologiques (outre qu'elles orientent les choix interprétatifs) sont des instruments utiles pour résoudre précisément les conflits entre principes. Et ainsi de suite.

Si l'interprétation proprement dite n'est pas une activité cognitive, mais décisionnelle, la construction juridique est à plus forte raison une activité décisionnelle. En réalité, la construction juridique est l'activité authentiquement nomopoïétique des juges et des juristes : la législation « interstitielle » comme on a coutume de dire.

## 2 RÉALISME ONTOLOGIQUE

Une ontologie empiriste du droit est propre au réalisme : le droit n'est pas un ensemble d'entités abstraites (telles que les normes, les valeurs, les obligations, les droits, ou n'importe quelle chose de ce genre), mais bien un ensemble de faits, de faits sociaux d'un certain type. Mais de quels faits précisément est constitué le droit ? Cette question appelle une réponse articulée.

### 2.1 Le droit comme ensemble de textes normatifs

A un premier niveau d'analyse (superficiel) – conformément du reste à la façon commune de voir des juristes – le mot « droit » dénote rien de plus que les textes normatifs émanant des autorités normatives (le « législateur » dans un sens matériel,<sup>16</sup> le « souverain »). Il dénote ainsi un ensemble de formulations normatives.<sup>17</sup> Les formulations – ou dispositions – normatives sont évidemment des faits, même si ce sont des faits d'un type particulier : ce sont des entités linguistiques, le produit des actes de langage.

Ce concept de droit – quoique plutôt naïf, comme nous allons bientôt le voir – n'est pas dépourvu d'utilité heuristique. Il sert à clarifier la genèse et, on peut dire, l'ontologie fondamentale du droit.

16 Par « législateur » dans un sens générique ou matériel on entend n'importe quelle autorité normative (le terme se réfère donc non seulement au législateur proprement dit, mais aussi aux pères de la constitution, et aux autorités administratives). De la même manière par « loi » on entend n'importe quel texte exprimant une norme (et ainsi non seulement la loi formelle, mais aussi la constitution et les règlements).

17 Cfr. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

En premier lieu (ontologie), les normes juridiques ne sont rien d'autres que des entités du langage.<sup>18</sup>

En second lieu (genèse), elles naissent des actes de « législation », et il n'y a pas de droit « dans la nature », ou « dans les choses » :<sup>19</sup> il n'y a pas de droit sans législateur. Pour le dire crûment avec Walter Dubislav : « Kein Imperativ ohne Imperator », il n'y a pas de commandement si quelqu'un ne commande pas.<sup>20</sup>

Toutefois, les textes normatifs requièrent l'interprétation. Ce qui veut dire qu'identifier purement et simplement le droit aux textes normatifs est naïf, simpliste et injustifié.<sup>21</sup> Si une formulation normative donnée peut être comprise, mettons, soit dans le sens  $N_1$  (signification littérale *prima facie*), soit dans le sens  $N_2$  (correspondant à une intention supposée de l'autorité normative), quel est le droit :  $N_1$  ou  $N_2$  ?

Nous dirons donc que le droit n'est pas proprement l'ensemble des textes normatifs, mais plutôt l'ensemble des significations – ou des normes – tirées des textes normatifs, au moyen de l'interprétation, ainsi – comme nous le savons maintenant – qu'au moyen de constructions juridiques. En ce sens, les textes normatifs ne sont pas à proprement parler « le droit » : ils sont plus modestement des « sources du droit ».

Cette idée a été exprimée par John Chipman Gray mieux que par tout autre ; un des pères fondateurs du réalisme juridique (américain) :

After all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute.

It may be urged that if the Law of a society be the body of rules applied by its courts, then statutes should be considered as being part of the Law itself, and not merely as being a source of the Law; that they are rules to be applied by the courts directly, and should not be regarded as fountains from which the courts derive their own rules. [...] And if statutes interpreted themselves, this would be true; but statutes do not interpret themselves; their meaning is declared by the courts, and *it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law.*<sup>22</sup>

18 Et non des habitants mystérieux du monde du « Sollen ».

19 Contrairement à ce que pensaient certains jusnaturalistes. Voir parmi tant d'autres Michele Villey, *Le droit dans les choses*, in : Paul Amselek, Christophe Grzegorzczak (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris, 1989.

20 Le mot d'ordre de Dubislav est cité par Kelsen dans une étude célèbre : Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), in : Comanducci & Guastini 1989 (n. 4).

21 Ainsi, parmi d'autres, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

22 John C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948, pp. 124 s., 170.

[« Après tout, ce ne sont que des mots que le législateur prononce ; c'est aux cours de dire ce



## 2.2 Le droit comme ensemble de normes

Pour cette raison, en passant à un second niveau d'analyse (intermédiaire), il convient d'employer le mot « droit » pour dénoter non pas à proprement parler l'ensemble des formulations normatives émanant des autorités, mais plutôt l'ensemble des *normes* qui sont tirés de ces formulations normatives au moyen de l'interprétation (largement entendue).

Cet ensemble est hétérogène dans un sens important. En effet, toutes les normes dont discutent les opérateurs juridiques ne peuvent pas être considérées comme des significations (plausibles) de formulations normatives préexistantes. Comme cela a déjà été dit, de nombreuses (d'innombrables) normes sont le résultat d'activités qui ne sont pas « interprétatives » dans un sens strict, mais bien plutôt « constructives ».

L'ensemble des normes comprend donc deux sous-ensembles :

- i. Les normes qui constituent le contenu de signification (une des significations plausibles) des formulations normatives émanant du « législateur », et qui sont le résultat de l'activité interprétative au sens strict ;
- ii. les normes qui ne peuvent pas être imputées à une quelconque formulation normative spécifique comme sa signification, et qui constituent en revanche le fruit des activités multiformes de construction juridique accomplies par les juristes, des juges aux opérateurs juridiques en général.

Les normes de chacune des deux classes dépendent, il faut le noter, des activités intellectuelles (ou discursives) des opérateurs juridiques. Les unes dépendent de l'interprétation, les autres dépendent de cette forme de nomopoïèse (occulte) que nous avons appelée « construction juridique ».

De ce point de vue, le droit apparaît comme le résultat non pas (seulement) des actes linguistiques de production de formulations normatives, mais (aussi) des actes, également linguistiques, d'interprétation, de re-élaboration, et de manipulation créative de telles formulations, accomplis par les opérateurs juridiques.

---

que signifient ces mots ; c'est-à-dire que c'est à elles d'interpréter les actes législatifs. [...] Et c'est la raison pour laquelle les actes législatifs, les lois, doivent être considérés comme des sources du droit, et non comme une partie du droit lui-même. Les cours mettent de la vie dans les mots morts de la loi » ; « On pourrait dire que si le droit d'une société était le corps de règles appliquées par ses cours, alors les lois pourraient être considérées comme faisant partie du droit lui-même, et non simplement comme étant une source du droit ; qu'il y aurait des règles devant être appliquées par les cours directement, et qu'il ne faudrait pas les regarder comme des fontaines auxquelles les cours puisent leurs propres règles. [...] Et si les lois s'interprétaient elles-mêmes, cela serait vrai ; mais les lois ne s'interprètent pas elles-mêmes ; leur signification est déclarée par les cours, et c'est avec la signification déclarée par les cours, et aucune autre signification, qu'elles sont imposées à la communauté comme droit. »]

On peut dire que, ainsi entendu, le droit dépend de la combinaison de deux choses distinctes : (a) la formulation de textes normatifs, et (b) leur interprétation et manipulation. Il n'y a pas de droit sans texte à interpréter (première thèse ontologique) mais il n'y a pas non plus de droit (seconde thèse ontologique) sans interprétation et manipulation de tels textes.

Cependant il arrive tout de même que, au moins diachroniquement, la doctrine et la jurisprudence soient traversées par des désaccords, comme cela est naturel : de nombreuses formulations normatives font l'objet d'interprétations distinctes en compétition ; l'existence dans le système d'une norme implicite est dans la plupart des cas intrinsèquement discutable (justement parce que la norme est inexprimée). Des interprétations et des constructions juridiques distinctes couronnent des normes différentes,<sup>23</sup> et ainsi des systèmes juridiques (partiellement) différents.

Selon une certaine doctrine et/ou une certaine ligne jurisprudentielle, le système comprend – mettons – les normes explicites  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$  et les normes implicites  $N_4$ ,  $N_5$  ; alors que selon une autre ligne le système comprend les normes explicites  $N_1$ ,  $N_2$  (mais en revanche pas la norme  $N_3$ ) et les normes implicites  $N_4$ ,  $N_5$  et encore la norme implicite  $N_6$ . Nous sommes donc face à deux systèmes distincts.

Et donc, nous devrions alors nous demander : quel est le droit dans cette circonstance ? Lequel des deux systèmes est le droit ? Pour répondre à cette question, il faut se placer à un troisième niveau d'analyse, qui correspond à un troisième concept de droit.

Comme on le voit, ce second concept de droit également est insatisfaisant : il soulève davantage de questions qu'il n'en résout. Il n'est pas néanmoins privé d'utilité heuristique : il a le mérite d'appeler l'attention sur le fait que le droit, à la rigueur, ne peut pas être présenté comme le produit unilatéral des « législateurs », comme le pense le positivisme juridique naïf.<sup>24</sup> Dans la pratique juridique, il n'y a pas que des « législateurs » : il y a aussi des interprètes, et le droit, au moins dans un des sens du mot, naît précisément de leurs interprétations. On ne peut pas penser un droit sans interprètes (juristes en particuliers) comme on ne peut pas penser une religion sans prêtres.

### 2.3 Le droit comme ensemble de normes en vigueur

A un troisième niveau d'analyse (profond), le mot « droit » dénote l'ensemble des normes en vigueur, ou effectivement appliquées – c'est-à-dire utilisées pour motiver des décisions – dans le passé et, de manière prévisible, applicables dans

<sup>23</sup> Ou de toute façon diverses solutions possibles d'un même cas.

<sup>24</sup> Et comme le voudrait la première thèse ontologique. Est « naïf » en ce sens le positivisme juridique, par exemple, de John Austin.

le futur par les organes qui précisément « appliquent » les formulations normatives :<sup>25</sup> les juges, bien entendu, mais aussi l'administration publique et les organes constitutionnels suprêmes.<sup>26</sup>

En d'autres termes, quoiqu'il existe différentes interprétations des formulations normatives, de même que différentes constructions de normes implicites, il existe toujours (bon, disons : presque toujours) synchroniquement des interprétations et des constructions juridiques généralement acceptées et dominantes : ce que la Cour constitutionnelle italienne appelle le « droit vivant ».<sup>27</sup>

Reprenons l'exemple précédent : selon la doctrine D<sub>1</sub> le système juridique comprend les normes (explicites ou implicites) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>3</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub> ; selon la doctrine D<sub>2</sub>, en revanche, le système comprend les normes (explicites ou implicites) N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, N<sub>6</sub>. Pour savoir quel est le système en vigueur, il faut déterminer celles de ces normes qui sont en vigueur et celles qui ne le sont pas. Et naturellement il est parfaitement possible que l'analyse empirique de la jurisprudence (dans un sens large<sup>28</sup>) montre que sont en vigueur les normes N<sub>1</sub>, N<sub>2</sub>, N<sub>4</sub>, N<sub>5</sub>, et peut-être aussi une autre norme N<sub>7</sub>, mais pas les normes N<sub>3</sub> et N<sub>6</sub>.

Il faut insister sur le fait que normalement la ligne dominante est le produit non pas (seulement) de la jurisprudence (dans ce sens large) – comme le pensent quelques réalistes naïfs – mais (aussi et surtout) de la doctrine. Les juristes contribuent toujours à la création du droit en vigueur (le « droit » dans ce troisième sens du mot).

Et il faut encore insister – dès lors que c'est tout sauf évident – sur le fait qu'une grande partie du droit en vigueur est constitué de normes formulées *extra ordinem* non pas par les autorités normatives, mais par les juges et (peut-être : surtout) par les juristes académiques. Des normes dont on pourrait dire qu'elles sont « formellement invalides », dès lors que les juristes et (dans de nombreux systèmes juridiques) les juges ne sont pas du tout autorisés à créer des normes.<sup>29</sup> Des normes invalides donc, mais, malgré cela, des normes qui

25 Une petite clarification du concept d'« application du droit » serait peut-être opportune. Le mot « application » prend des sens différents selon que l'on se réfère à des dispositions (des formulations normatives), à des règles ou à des principes. Appliquer une disposition signifie de manière banale en faire un objet de l'interprétation et, cela va sans dire, s'en servir dans la motivation d'une décision. Appliquer une règle (explicite ou implicite) signifie en inférer de manière déductive une prescription individuelle. Appliquer un principe signifie le concrétiser, ou en tirer de manière argumentative une règle implicite. Cfr. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2010.

26 Eugenio Bulygin, El concepto de vigencia en Alf Ross (1963), in : Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

27 Voir à ce propos Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milan, Giuffrè, 1994.

28 Je me réfère aux décisions de tous les organes de l'application, et pas seulement à ceux de l'application juridictionnelle.

29 C'est ce que soutient par exemple Ulises Schmill, dans une étude (encore) inédite, qui tire de

sont en fait en vigueur : appliquées dans le passé et de manière prévisible applicables dans le futur.

Pour résumer, par « droit » nous pouvons entendre pas moins de trois choses plutôt différentes : (i) un ensemble de textes normatifs ; (ii) un ensemble de normes, fruits de l'interprétation et de la manipulation « créative » des textes en question ; et finalement (iii) un ensemble de normes en vigueur.<sup>30</sup> Et avec cela nous arrivons à la thèse épistémologique.

### 3 RÉALISME ÉPISTÉMOLOGIQUE

Pour exposer la (double) thèse épistémologique du réalisme, il faut introduire une distinction préalable.<sup>31</sup>

Dans le langage des juristes, l'expression « science juridique » ne dénote rien de plus que le travail des juristes eux-mêmes (je me réfère ici aux juristes académiques) : la « doctrine » ou la « dogmatique », si on préfère. Évidemment, en disant cela, les juristes cherchent à accréditer leur travail comme une authentique entreprise scientifique, c'est-à-dire – il faut le présumer, à la lumière de

---

cela la conséquence que les thèses dogmatiques (les normes implicites formulées par la doctrine) *ne font pas* partie du droit.

30 Qui est un sous-ensemble de l'ensemble précédent.

31 Chiassoni 2012 (n.1), pp. 248 s. : « Talvolta “scienza giuridica” è niente altro che il calco delle locuzioni latine “scientia iuris” e “iuris scientia” », sicché « designa lo studio dottrinale del diritto, o dottrina o dogmatica giuridica. [...] Talvolta, ma più raramente, la locuzione “scienza giuridica” designa la conoscenza scientifica del diritto positivo », che « non equivale allo studio dottrinale del diritto, così come tradizionalmente concepito e praticato nelle culture occidentali. Può anzi essere intesa come un'attività radicalmente diversa ». [« Parfois, “science juridique” n'est rien d'autre que le calque des expressions latines “scientia iuris” et “iuris scientia” », donc « cela désigne l'étude doctrinale du droit, ou la doctrine ou dogmatique juridique. [...] Parfois, mais plus rarement, l'expression “science juridique” désigne la connaissance scientifique du droit positif » qui « ne correspond pas à l'étude doctrinale du droit, telle qu'elle est traditionnellement conçue et pratiquée dans les cultures occidentales. On devrait plutôt la comprendre comme une activité radicalement différente ».] Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in : Scarpelli 1966 (n. 2), p. 335 : « Alla scienza giuridica, come ad ogni altra scienza, ci si può accostare da due punti di vista radicalmente diversi. Il primo accostamento è quello descrittivo che si ha quando ci si interessa alla scienza giuridica, così come essa viene praticata da un gruppo di persone in un momento determinato. Il secondo è l'accostamento di chi formula un programma per la “vera”, “radicalmente scientifica”, etc. scienza giuridica, con il fine di migliorare la scienza giuridica esistente ». [« On peut aborder la science du droit, comme tout autre science, de deux points de vue radicalement différents. Le premier est le point de vue descriptif, que l'on a quand on s'intéresse à la science juridique telle qu'elle est pratiquée par un groupe de personnes à un moment déterminé. Le second est le point de vue qui formule un programme pour une science juridique “vraie”, “radicalement scientifique”, etc., avec comme fins d'améliorer la science juridique existante ».].

la conception moderne de la science – purement descriptive : ni évaluative, ni prescriptive.<sup>32</sup>

Dans le langage de la théorie générale du droit, toutefois, la même expression tend à assumer un sens différent : elle dénote habituellement non pas la pratique effective des juristes, mais plutôt un modèle – un idéal – de connaissance, de description non évaluative, du droit, qui correspond seulement en partie à la dogmatique réellement existante.<sup>33</sup>

Pour cette raison, dans le réalisme épistémologique se combinent deux thèses distinctes : la première est une thèse descriptive qui concerne la doctrine ou la dogmatique, selon le nom que l'on veut lui donner ; la seconde est une thèse prescriptive concernant la connaissance scientifique du droit, ou la science juridique proprement dite.

### 3.1 Doctrine

Du point de vue du réalisme juridique, comme cela a été dit et pour les raisons que nous avons vues, la pratique effective des juristes académiques ne peut pas être considérée véritablement comme une « science ».

Bien entendu, les études des juristes contribuent très souvent, vraiment, à la connaissance du droit, d'une manière que nous dirons. Toutefois, si nous portons un regard désenchanté, il nous apparaît très clairement que leurs discours ne sont jamais purement descriptifs, ne sont jamais totalement descriptifs : de nombreux énoncés doctrinaux – ceux qui, avant tout, caractérisent la pratique doctrinale – sont dépourvus de valeurs de vérité. Les énoncés interprétatifs (décisionnels), comme nous l'avons vu, ont plutôt une nature ascriptive. Les énoncés qui formulent des normes implicites sont (en cachette) prescriptifs. « En

32 Il existe en vérité quelques courants théoriques qui conçoivent la science juridique comme une « science pratique » : un discours en rien cognitif, mais au contraire prescriptif. Seulement deux exemples : Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992 ; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Rome-Bari, Laterza, 2007. Bien entendu, Zagrebelsky et Ferrajoli ont des intentions très différentes. En gros, et en simplifiant beaucoup : Zagrebelsky, comme en général les juristes de la tendance « herméneutique », pense que la tâche de la science juridique est d'élaborer la solution (juste) pour chacun des cas concrets ; Ferrajoli pense plutôt que la tâche de la science juridique est d'orienter la législation, en dénonçant les lacunes et les antinomies présentes dans le système (en particulier : les lacunes découlant de l'absence de réalisation de la constitution, et les antinomies dérivant de lois ordinaires constitutionnellement illégitimes).

33 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 293 ss. ; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4th ed. by R. Campbell, John Murray, Londres, 1879, pp. 33, 176 s., 220 ; Ross 1958 (n. 2) ; Alf Ross, *Le concept de droit selon Hart* (1962), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Ross 2004 (n. 2), pp. 183-189 ; Kelsen 1966 (n. 4). On peut ajouter les écrits méthodologiques de Max Weber, recueillis dans le volume *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Turin, Einaudi, 1958.

cache », puisque ils se présentent habituellement non pas comme des formulations normatives, mais comme des énoncés sur l'existence de normes : « La norme (implicite) N appartient au système juridique ». <sup>34</sup>

Selon une manière de voir caractéristique de la philosophie analytique du droit, la doctrine serait un métalangage ayant pour objet le langage du « législateur ». <sup>35</sup> Cette représentation de la doctrine est très séduisante, mais malheureusement traître.

Disons les choses ainsi : il n'y a aucune confusion possible entre une pathologie cardiaque et la science médicale qui la décrit, parce que les pathologies du cœur, à la différence de la science médicale, ne sont pas des entités linguistiques ; quand en revanche nous traitons des relations entre le droit et la doctrine juridique, une telle confusion est possible et de fait elle se produit. Il en va ainsi parce que tant les « lois » (au sens matériel) que la doctrine juridique ne sont rien d'autre que des langages (des discours).

En d'autres termes, il est impossible, ou simplement irréaliste, de tracer une distinction nette entre le langage du « législateur » et le langage des juristes : ils sont sujets à un processus osmotique continu. Le discours des juristes, à bien regarder, ne « porte » pas « sur » le discours des autorités normatives au niveau du métalangage, en tout cas pas toujours : <sup>36</sup> bien plutôt, les juristes modèlent et enrichissent continuellement leur objet d'étude, comme un violoniste qui introduit des notes apocryphes dans la partition qu'il exécute.

Cela veut dire que l'interprétation et la construction juridique ne sont pas la « science » du droit – comme le prétendent habituellement les juristes – mais une partie du droit lui-même, et dès lors une partie de l'objet d'étude de la science juridique correctement entendue. En somme, la description du droit en vigueur exige de prendre en considération la doctrine comme partie intégrante du droit lui-même. <sup>37</sup> La doctrine n'est donc pas la connaissance scientifique du droit, mais une partie de son objet.

34 De manière plus développée : « La norme explicite  $N_1$  appartient au système juridique. La norme  $N_2$  est implicite dans la norme  $N_1$ . Donc la norme  $N_2$  appartient aussi au système ». Mais il faut dire que le rapport entre une norme explicite et la norme implicite que l'on dérive de la norme explicite est rarement un rapport d'implication logique.

35 Est exemplaire en ce sens l'étude de Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), reproduite in : Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Turin, Giappichelli, 2012, qui analyse d'autre part d'une manière tout à fait réaliste les opérations intellectuelles caractéristiques de la doctrine. Il résulte de l'analyse de Bobbio que les juristes ne se limitent pas à parler de leur langage-objet (le discours du législateur), mais le « transforment » de différentes manières, comme un procédé technique transforme une matière brute. Voir aussi Norberto Bobbio, *Considérations introductives sur le raisonnement des juristes*, in *Revue internationale de philosophie*, VIII, 1954, pp. 67-84.

36 A la rigueur, les énoncés interprétatifs sont métalinguistiques ; mais les énoncés qui formulent des normes « apocryphes », implicites, ne sont pas métalinguistiques.

37 Lorsque, bien entendu, les normes (apocryphes) formulées par la doctrine deviennent des normes en vigueur à travers les décisions des organes d'application.

En définitive, du point de vue pragmatique, le discours – interprétatif et constructif – de la doctrine peut être présenté comme un ensemble de directives, adressées aux organes d'application et particulièrement aux juges : des directives *de sententia ferenda*.<sup>38</sup>

### 3.2 Science juridique

Du point de vue du réalisme juridique, la science juridique correctement entendue – la connaissance scientifique du droit, dans les trois sens que nous avons assignés au mot « droit » – peut assumer trois formes différentes.<sup>39</sup> Lesquelles par ailleurs (spécialement la deuxième et la troisième) s'intègrent parfaitement l'une dans l'autre : en un sens, elles constituent les faces d'une même médaille.

Il faut souligner que jamais, en aucune de ces trois formes, la science juridique ne consiste en la description d'« obligations », de « droits », et d'autres entités similaires. Contrairement à ce que beaucoup pensent, elle *ne* comprend pas d'énoncés concernant la qualification normative de la conduite (« Il est obligatoire que *p* », « il est interdit que *q* », etc.).

Avec la conséquence, qui n'est pas banale, que les énoncés de la science juridique, contrairement à ce que pensait Kelsen (et avec lui beaucoup d'autres), ne sont pas du tout des énoncés déontiques, qui répètent – réitèrent<sup>40</sup> – comme un écho les normes auxquelles ils se réfèrent.<sup>41</sup>

(i) *Interpretation cognitive*. Habituellement les juristes – sauf peut-être quand ils écrivent des manuels universitaires – se consacrent principalement à l'interprétation « décisionnelle », c'est-à-dire qu'ils attribuent à un texte normatif quelconque une signification déterminée, écartent d'autres significations également plausibles, et cherchent à l'accréditer comme « la » (donc l'unique) signification correcte. Toutefois l'interpré-

38 Ross 1958 (n. 2), spec. p. 46. Par là, on ne veut pas dire que les discours des juristes (spécialement quand ils écrivent des manuels) ne comprennent pas aussi des énoncés authentiquement cognitifs : par exemple, des énumérations des différentes significations admissibles d'un texte normatif donné, ou une pure description des lignes jurisprudentielles et, plus généralement, du droit en vigueur. Nous allons y revenir tout de suite.

39 Comme nous allons le voir, la doctrine elle-même contribue de manière pertinente à chacune de ces trois formes ; la doctrine comprend donc aussi des discours purement cognitifs.

40 Uberto Scarpelli, *Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati*, in : *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967 ; H. L. A. Hart, *Kelsen Visited* (1963), reproduit in : *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford U. P., 1983.

41 Riccardo Guastini, *Sollsätze*. An Exercise in Hard Legal Positivism, in : Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Turin, Giappichelli, 2001. L'idée, ici refusée, est qu'il n'y a pas d'autre façon de décrire la norme, mettons, « Les assassins doivent être punis » que de la réitérer : de répéter exactement comme un écho « Les assassins doivent être punis ». Voilà ce qu'il faut observer : des énoncés du type « Selon le droit, les assassins doivent être punis » ne sont pas du tout déontiques ; ils ont un caractère évidemment métalinguistique ; dans ces énoncés les expressions déontiques ne sont pas utilisées, mais mentionnées (entre guillemets).

tation décisionnelle présuppose logiquement (mais non psychologiquement) l'interprétation « cognitive », c'est-à-dire l'identification des significations admissibles pour le texte en question.

Donc, l'interprétation cognitive (« La disposition D peut exprimer la norme  $N_1$  ou la norme  $N_2$  ») est une pratique commune pour des juristes, et constitue une contribution – bien que modeste – à la connaissance du droit, entendu comme ensemble des textes normatifs. L'interprétation cognitive met au jour l'ambiguïté (largement entendue) des formulations normatives et le caractère vague des normes.

D'un autre côté il faut observer que les énoncés caractéristiques de l'interprétation cognitive admettent, à leur tour, deux interprétations. Ils peuvent être compris alternativement :

a. comme des prévisions à propos des orientations interprétatives futures (avant tout des organes d'application) : « La disposition D sera probablement interprétée dans le sens  $N_1$  ou dans le sens  $N_2$  » ; ou alors  
b. comme des directives interprétatives (adressées aux organes d'application) qui délimitent le cadre des significations « correctes » : « La disposition D admet les interprétations  $N_1$  et  $N_2$ , et aucune autre » (au sens que n'importe laquelle de ces deux interprétations est « correcte », alors que tout autre serait « incorrecte »).<sup>42</sup>

Dans le second cas, les énoncés en question ont évidemment une nature prescriptive et non descriptive.

(ii) *Metajurisprudence*<sup>43</sup> (*descriptive*). Si l'on comprend le droit comme un ensemble (non de formulations normatives, mais) de normes – = explicites et implicites –, constitue une contribution évidente à la connaissance du droit la description ou la reconstruction des orientations – respectivement interprétatives et « constructives » – présentes dans la culture juridique :<sup>44</sup> en doctrine et en jurisprudence.

Cela aussi est une pratique habituelle des juristes, et cela aussi contribue – de manière non marginale – à la connaissance du droit. De manière non marginale, car la connaissance des orientations existantes est un préliminaire à l'identification des tendances prévalentes ou dominantes. Et leur connaissance est à son tour un préliminaire à l'identification du droit en vigueur.

(iii) *Description du droit en vigueur*. Si on comprend le droit comme un ensemble de normes *en vigueur*, la description du droit requiert la recon-

42 De telles directives ne sont que des préliminaires à l'évaluation des interprétations (avant tout juridictionnelles) futures.

43 Ce terme est emprunté à Norberto Bobbio, *Etre et devoir-être dans la science juridique* (1967), in : Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp 198 et s.

44 En un lieu donné et en un moment donné, bien entendu.



naissance des normes effectivement appliquées par les organes judiciaires, et plus généralement, par tous les organes d'application.<sup>45</sup>

Là où il y a des normes en vigueur, bien entendu : là où il n'y en a pas, la science juridique peut seulement prendre acte des désaccords existants, des zones d'incertitude, et des choses semblables.

On peut convenir, avec l'opinion la plus répandue sur la question, que la description du droit en vigueur consiste dans des propositions normatives.<sup>46</sup> « Propositions », c'est-à-dire des énoncés doués de valeurs de vérité. « Normatives », c'est-à-dire concernant des normes. Avec trois précisions toutefois : la première concerne la forme logique des propositions normatives, la deuxième leurs conditions de vérité, la troisième leur dimension pragmatique.

- (a) Les propositions normatives – je l'ai déjà mentionné – ne sont pas des énoncés déontiques concernant la qualification normative du comportement : ce sont au contraire des énoncés existentiels portant sur des normes (en vigueur).<sup>47</sup>

L'« existence » juridique d'une norme<sup>48</sup> n'est rien d'autre que son appartenance à un système normatif. Les propositions normatives sont donc des énoncés qui affirment l'appartenance des normes (en vigueur) à des systèmes normatifs : « La norme N appartient au système juridique S ».<sup>49</sup>

- (b) Une proposition normative est vraie si et seulement si il est prévisible que la norme à laquelle elle se réfère sera appliquée dans le futur. Normalement, bien que non nécessairement, il sera prévisible qu'une norme sera applicable dans le futur quand elle a été effectivement appliquée dans le passé.<sup>50</sup>

45 En tenant compte, par ailleurs, de ce que dans beaucoup de matières, les organes judiciaires – et particulièrement ceux de dernier ressort – ont de toute façon le dernier mot sur la question.

46 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Turin, Giappichelli, 1995, chapitres IV et VI.

47 Ross 1958 (n. 2), chapitre 2. Ross, en vérité, parle ici de la description du droit « valide » (ang. *valid*). Mais il a lui-même expliqué qu'il s'agissait de la traduction malheureuse d'un terme danois qui, précisément, signifie « en vigueur » : une assertion à propos d'une norme la disant en vigueur est « une assertion factuelle se référant à un ensemble de faits sociaux » (Alf Ross, *La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel* (1962), traduit par Eric Millard et Elsa Matzner in : Ross 2004 (n. 2), p. 152).

48 Qu'il ne faut pas confondre avec la validité : les normes valides ne sont pas toutes en vigueur, et les normes en vigueur ne sont pas toutes valides.

49 Délibérément, je réduis ici l'existence juridique au fait d'être « en vigueur » (dans le sens défini dans le texte).

50 La connaissance des orientations doctrinales et jurisprudentielles dominantes (« l'idéologie des sources », dirait Ross, avec une expression qui n'est pas très heureuse) permet, dans certaines limites, de prévoir l'application des normes – « nouvelles » – non encore appliquées. Cf. encore Bulygin 1991 (n. 26).

- (c) Du point de vue pragmatique, les propositions normatives – bien que ce ne soit pas là leur forme logique<sup>51</sup> – peuvent être comprises comme des propositions sur des futurs contingents : des prévisions à propos de l'application future des normes auxquelles elles se réfèrent. Pour cette raison, il est permis de soutenir qu'il s'agit, après tout, non pas de propositions sur les normes – malgré les apparences – mais de propositions ordinaires sur les faits.

*Traduit de l'italien par  
Eric Millard.*

---

51 Voir *supra* point (a).

