

Riccardo Guastini*

Redefinicija pravnog realizma

Pravni realizam, odnosno barem jedan njegov oblik, shvaća se kao spoj triju usko povezanih teza: ontološke teze, koja odgovara na pitanje koja je pravo vrsta entiteta; metodološke teze, koja se bavi interpretacijom i odgovara na pitanje koja je vrsta aktivnosti interpretativna aktivnost; i epistemološke teze, čiji je objekt pravna znanost i koja odgovara na pitanje u čemu se sastoji znanstvena spoznaja prava. Autor susljedično raščlanjuje navedene teze i postupno razvija različite mogućnosti odgovora na postavljena pitanja.

Ključne riječi: ontološki realizam, epistemološki realizam, metodološki realizam

Pravni realizam – ili barem jedan njegov oblik, može se okarakterizirati kao spoj triju usko povezanih teza: ontološke, metodološke i epistemološke (nazivamo ih tako u nedostatku boljeg naziva, iako naziv nije uvijek odgovarajući).¹

Ontološka teza, u pravnom smislu, odgovara na pitanje koja je pravo vrsta entiteta.

Metodološka teza ima za predmet interpretaciju: odgovara na pitanje koja je vrsta aktivnosti interpretativna aktivnost.

Epistemološka teza, najzad, ima za predmet spoznaju (“znanost”) prava: odgovara na pitanje u čemu se sastoji znanstvena spoznaja prava.²

* guastini@unige.it | Redoviti profesor filozofije prava na Sveučilištu u Genovi.

1 Drukčiju, puno složeniju, karakterizaciju pravnog realizma izložio je Pierluigi Chiassoni u radu *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, u: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, br. 1, 2012, 240 i dalje, u kojem se analitički objašnjava niz metodoloških i epistemoloških pretpostavki jednog “dobro shvaćenog” realizma, od kojih vrijedi spomenuti barem sljedeće: odbacivanje jusnaturalizma, empirizam, etički ne-kognitivizam. Vidi također Pierluigi Chiassoni, *Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen*, u: José Juan Moreso i José Luis Martí (ur.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia i Barcelona, 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

2 Ovim trima tezama možda bi se moglo dodati i četvrtu: semantičku tezu, koja odgovara na pitanje koje je značenje pravnih pojmova. “Semantičkom” realizmu, ako ga tako možemo nazvati, predmet je značenje pravnih pojmova, kako onih postavljenih od strane normativnog autoriteta pri donošenju normi (shvaćenog ovdje kao “zakonodavac” u “materijalnom” smislu), tako i onih koje su uveli pravnici, opisujući sadržaj tih normi. Deontološki pojmovi – “obveza”, “zabrana”, “dopuštenje”, itd. – kao i pojmovi koji označavaju subjektivne pravne situacije – “pravo”, “ovlaštenje”, itd. – lišeni su semantičke odrednice. Ne označavaju nešto zbiljsko. Jednostavno, svode se na preskriptivnu, uređujuću ili normativnu funkciju: služe usmjeravanju ponašanja. Dogmatski termini – “vlasništvo”, “ugovor” itd. – podjednako su lišeni semantičke odrednice. Koriste se, kako od strane normotvorca tako i od strane pravnika, radi prikazi-

Izgledalo bi prirodno započeti izlaganjem ontološke teze, no postoje dobri razlozi (objašnjeni u nastavku) da se započne metodološkom tezom, s obzirom na to da realistički pristup interpretaciji uvjetuje sve ostale teze.

1 METODOLOŠKI REALIZAM

Metodološki realizam, pojednostavljeno rečeno, jedna je skeptička teorija interpretacije:³ interpretacija – tj. pripisivanje značenja normativnim tekstovima – aktivnost je koja nije kognitivna, nego “odlučujuća”. Kelsenovim riječima: to je akt volje, a ne spoznaje.⁴ Misli se, naravno, na posebno važnu vrstu interpretacije u pravu: sudsku interpretaciju.

Međutim, ta odlučujuća aktivnost ne obuhvaća (naravno) samo interpretaciju od strane sudaca – i, općenitije, organa primjene⁵ – nego i onu od strane pravnih znanstvenika (“doktrina” ili “dogmatika”).

1.1 Interpretacija u užem smislu

Normativni tekstovi – “pravo”, dakle, u jednom od značenja te riječi⁶ – pati od višestrukog oblika neodređenosti. S jedne strane, normativni iskazi su često neodređeni pa tako omogućuju različita tumačenja: ne zna se iskazuje li iskaz E normu N_1 ili normu N_2 . S druge strane, svaka norma je jako nejasna pa tako omogućuje različite “konkretizacije”: u pogledu norme N (utvrđene “apstraktnom” interpretacijom) ne zna se potpada li slučaj x ili ne pod obuhvat primjene te norme (što je materija “supsumpcije” ili “konkretna” interpretacije).⁷

vanja povezanosti između onih dijelova norme koji označavaju neki apstraktan predmet (npr. različite načine stjecanja prava vlasništva na stvari) i onih dijelova norme koji označavaju odgovarajuće pravne učinke (npr. različite pravne posljedice proizišle iz određenog načina stjecanja prava vlasništva na stvari). Ovo viđenje proizlazi iz djela Karla Olivecrona (Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, 1962, u: Uberto Scarpelli (ur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1966; Karl Olivecrona, *Law as Fact*, II ed., London, Stevens & Sons, 1971) i Alfa Rossa (Alf Ross, *Tù-Tù*, 1951, i Alf Ross, *La definizione nel linguaggio giuridico*, 1958, u: Scarpelli 1966 (bilj. 2), Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958).

- 3 Riccardo Guastini, Rule-Scepticism Restated, u: Leslie Green i Brian Leiter (ur.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, sv. 1, Oxford, Oxford U.P., 2011.
- 4 Hans Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), u: Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (ur.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, sv. II, Torino, Giappichelli, 1989; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, “Preface. On Interpretation”; Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, 386 i dalje.
- 5 Ne primjenjuju pravo samo suci (kako to često smatra ili se pak čini da smatra krajnji realizam), nego i, očito, upravni službenici te, manje očito, visoki ustavni organi.
- 6 Vidi *infra* prvu ontološku tezu.
- 7 Treba dodati da ukupnost normativnih iskaza neizbježno sadrži praznine (neregulirana činjenična stanja) i antinomije (činjenična stanja regulirana na dva proturječna načina): i

U biti, svaki normativni tekst dopušta interpretacije – apstraktne i/ili konkretne – koje su u isto vrijeme suprotstavljene, a u različito vrijeme promjenjive.⁸ Iz tog proizlazi da mnogi (možda ne svi, ali mnogi) prijeponi i, općenitije, mnoga (možda ne sva, ali mnoga) “pravna pitanja”, dopuštaju različita i međusobno konkurirajuća rješenja.⁹

Utoliko je očito da su interpretativni iskazi – kako oni apstraktni (“Normativni iskaz E izražava norma N”), tako i oni konkretni (“Slučaj x potpada pod obuhvat primjene norme N”) – plod izbora i odluke, a ne spoznavanja. To jest, narav tih iskaza nije deskriptivna ili kognitivna, nego je prvenstveno propisujuća – po čemu se ti iskazi ne razlikuju od stipulacija i redefinicija, kojima su po svemu slični,¹⁰ pa kao takvi nemaju istinosnu vrijednost.¹¹

jedne i druge, na temelju zabrane uskrate pravosuđa, koju poznaje većina modernih zapadnih pravnih poredaka, od suca zahtijevaju rješenje. Valja, međutim, napomenuti da praznine i antinomije ne prethode interpretaciji, nego je prate. Drugim riječima: s pozicije jedne određene interpretacije, javljaju se praznine i/ili antinomije koje, u svjetlu jedne drukčije interpretacije, mogu nestati.

- 8 Ovakav stav se ponajprije susreće kod američkih realista, “đenovske” realističke škole, kod nekih francuskih realista, pa čak i kod samog Kelsena (Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 1952, gl. VI; Kelsen 1966 (bilj. 4), gl. VIII). Što se tiče američkog realizma, valja uputiti na: Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz i Thomas A. Reed (ur.), *American Legal Realism*, New York-Oxford, Oxford U.P., 1993; Silvana Castignone, Carla Faralli & Mariangela Ripoli (ur.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007. Što se tiče “đenovske škole”: Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007; Paolo Comanducci, *Interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, u: Mario Bessone (ur.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. *Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010; Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, Aracne, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012; vidi još Jordi Ferrer Beltrán i Giovanni Battista Ratti (ur.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Što se tiče francuskih realista: Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Pariz, PUF, 1994; Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Pariz, PUF, 2001; Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Pariz, PUF, 2012; Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Pariz, Dalloz, 2006.
- 9 Što još više vrijedi, naravno, za pravne praznine i antinomije (v. bilj. 6).
- 10 Riccardo Guastini, *Interpretive Statements*, u: Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright & Ruth Zimmerling (ur.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulgin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.
- 11 Čini se samorazumljivim da stipulirajuće definicije (uključujući redefinicije) nemaju istinosnu vrijednost. Navedeno ne isključuje mogućnost čisto kognitivne interpretacije (analogne

Interpretativni izbori onih koji primjenjuju pravo uvjetovani su, naravno, njihovim praktičnim interesima (političkim, ekonomskim, profesionalnim, itd.), njihovim idejama pravednosti, prihvatljivošću različitih interpretativnih izbora unutar postojeće pravne kulture,¹² kao i – *last, but not least* – pojmovnim konstrukcijama pravne teorije i dogmatike.

1.2 Pravničko stvaranje prava

S druge strane, u stručnom se pravnom jeziku riječ “intrepretacija” na pomalo nejasan način koristi za označavanje ukupnosti intelektualnih operacija pravnih stručnjaka.

Preciznije sagledano, nije teško uočiti da se pravni stručnjaci, među kojima osobito pravnih teoretičari, ne ograničavaju samo na odlučivanje o značenju normativnih tekstova. Najzad, tumačenje u užem smislu riječi (pripisivanje značenja nekom tekstu) tek je jedan, možda ne ni najvažniji, aspekt njihove djelatnosti.¹³

Pored interpretacije u opisanom smislu, a opet s njom u uskoj vezi, djelatnost pravnih stručnjaka je i “pravničko stvaranje prava”.¹⁴ Tim izrazom se, doduše neodređeno, označava jedinstvo intelektualnih operacija od kojih se ističu sljedeće:

- i) stvaranje normativnih praznina i, još važnije, aksioloških,
- ii) stvaranje aksiološke hijerarhije među normama,
- iii) konkretiziranje načela,
- iv) usklađivanje suprotstavljenih načela,
- v) stvaranje i (ponekad) rješavanje antinomija, te iznad svega

informativnim definicijama). Takva je ona interpretacija koja se ograničava na nabranje različitih mogućih ili prihvatljivih značenja nekog normativnog teksta, ne opredjeljujući se pritom za neko od nabrojanih značenja. Na ovo ćemo se vratiti kod izlaganja o pravnoj znatnosti (vidi *infra*, epistemološka teza). Na primjer, kod nekog nejasnog normativnog iskaza E, koji može značiti normu N_1 ili normu N_2 , kognitivne naravi bio bi interpretativni iskaz “E može značiti N_1 ili N_2 ”, a odlučujuće naravi bio bi interpretativni iskaz “E znači N_1 ”, kao i interpretativni iskaz “E znači N_2 ”. Dakle, očito je da sudska interpretacija, kao i doktrinarna interpretacija u pretežnom dijelu; nije kognitivne, nego odlučujuće naravi.

- 12 Na prihvatljivosti interpretativnih odluka ustraje Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.
- 13 Riccardo Guastini, *Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes*, u: Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso i Diego M. Papayannis (ur.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- 14 Izraz je očito posuđen od Rudolpha von Jheringa. S tim u vezi, vidi Giorgio Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; Mario Giuseppe Losano, *Introduzione*, u: Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Torino, Einaudi, 1972; Mario Giuseppe Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, posebno dio drugi, gl. VIII.

- vi) oblikovanje neiskazanih normi koje drže implicitnima u odnosu na pravni poredak (premda ta norme u užem, odnosno u logičkom smislu, nisu implicate u odnosu na druge norme).¹⁵

Te su operacije na različite načine međusobno povezane. Oblikovanje neiskazanih normi očito služi popunjavanju normativnih praznina (stvarnih ili prividnih). Stvaranje aksiološke praznine prethodi stvaranju neiskazane norme radi popunjavanja te praznine. Konkretizacija načela opet se, na neki način, sastoji od uvođenja neiskazane norme. Sukobi načela specifična su vrsta antinomija koje mogu biti riješene jedino pravničkim stvaranjem prava, a aksiološke hijerarhije (osim kao kriteriji interpretativnih odabira) služe kao korisni alati rješavanja sukoba među načelima. I tako dalje.

Ako već sama interpretacija nije kognitivna, nego odlučujuća djelatnost; onda je, tim prije, i stvaranje prava odlučujuća djelatnost. U stvari, stvaranje prava je izvorna nomopoietička djelatnost sudaca i drugih pravnika: “zakonodavstvo u međuprostoru”, kako se obično naziva.

2 ONTOLOŠKI REALIZAM

Realizmu je svojstvena empiristička ontologija prava: pravo nije ukupnost apstraktnih entiteta (kao što su norme, vrijednosti, obveze, prava, i tomu slično), nego ukupnost društvenih činjenica određene vrste. Ali od kojih se to činjenica sastoji pravo? Ovo pitanje zahtijeva jasan odgovor.

2.1 Pravo kao ukupnost normativnih tekstova

Na prvoj (površnoj) razini analize – koja, uostalom, odgovara uobičajenom gledištu pravnika – riječ “pravo” označava samo normativne tekstove koje postavlja normativni autoritet (“zakonodavac” u materijalnom smislu,¹⁶ “suve-

15 Ukratko: (i) normativna praznina je nepostojanje pravne regulacije nekog činjeničnog stanja, dok je aksiološka praznina nepostojanje zadovoljavajuće (i postojanje nezadovoljavajuće) pravne regulacije; (ii) aksiološka hijerarhija je vrijednosni odnos među normama koji su, posredovanjem usporedivog vrijednosnog suda, uspostavili tumači normi; (iii) konkretizacija načela je uvođenje neiskazane norme snagom argumentacije; (iv) usklađivanje suprotstavljenih načela je uspostavljanje aksiološke hijerarhije među tim načelima; (v) stvaranje antinomije uvodi u abrogiranje, činjenje nevrijedećima ili derogiranje neke od normi koje međusobno proturječe (dok, s druge strane, postoje antinomije koje se ne mogu razriješiti pomoću unaprijed utvrđenih kriterija: na primjer, antinomije između ustavnih načela); (vi) neiskazana norma je ona norma kojom se ne daje neko prihvatljivo značenja određene odredbe.

16 Pod “zakonodavcem” u rodnom ili materijalnom smislu podrazumijeva se svaki normativni autoritet (ne samo zakonodavac u užem smislu, nego i ustavotvorac, kao i donositelji drugih propisa). Tako se i pod “zakonom” u rodnom ili materijalnom smislu podrazumijeva svaki normativni tekst (ne samo zakon u formalnom smislu, nego i ustav i drugi propisi).

ren”). Označava, dakle, ukupnost *normativnih formulacija*.¹⁷ Nesporno je da su normative formulacije ili odredbe činjenice, i to činjenice posebne vrste: jezični entiteti, akti jezika.

Takav pojam prava – iako poprilično pojednostavljujući, kako ćemo uskoro i vidjeti – nije lišen heurističke svrhe. Služi razjašnjavanju stvaranja i, rekao bih, fundamentalne ontologije prava.

Na prvom mjestu (ontologija), pravne norme nisu ništa drugo nego jezični entiteti.¹⁸

Na drugom mjestu (stvaranje), one se stvaraju aktima “zakonodavstva” pa tako ne postoji pravo “u prirodi” ili “u stvarima”:¹⁹ nema prava bez zakonodavca. Kako je to slikovito izrazio Walter Dubislav: “Kein Imperativ ohne Imperator”, nema naredbi bez naredbodavca.²⁰

Međutim, normativi tekstovi zahtijevaju interpretaciju. To hoće reći da je naivno i pojednostavljujuće poistovjetiti pravo i normativne tekstove.²¹ Ako se određenu normativnu formulaciju može razumjeti u smislu N₁ (doslovno značenje na prvi pogled), ali i u smislu N₂ (pretpostavljena namjera normativnog autoriteta), što je onda pravo: N₁ ili N₂?

Reći ćemo, dakle, da pravo baš i nije jedinstvo normativnih tekstova, nego jedinstvo značenja – odnosno normi – izvedenih iz tih normativnih tekstova pomoću interpretacije i – kako smo već objasnili – pomoću pravničkog stvaranja prava. U ovom smislu, normativi tekstovi nisu “pravo”: radi se tek o “izvorima prava”.

Ovu je ideju, bolje od ikoga drugog, izrazio John Chipman Gray, jedan od utemeljitelja (američkog) pravnog realizma.

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.²²

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

18 A ne misteriozni stanovnici svijeta “Sollen”.

19 Suprotno onom što misle neki jusnaturalisti. Vidi, među mnogima, i Michel Villey, *Le droit dans les choses*, u: Paul Amselek & Christophe Grzegorzczak (ur.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Pariz, PUF, 1989.

20 Dubislavov moto citirao je i Kelsen u svom ponzatom eseju: Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), u: Comanducci, Guastini 1989 (bilj. 4).

21 Tako, između ostalih, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

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

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.*²³

2.2 Pravo kao ukupnost normi

Iz tog razloga, prelazeći na drugi (srednji) nivo analize, riječ “pravo” prikladno je koristiti ne samo za označavanje ukupnosti autoritativno postavljenih normativnih formulacija, nego i ukupnosti *normi* izvedenih iz tih formulacija pomoću interpretacije.

Ova ukupnost heterogena je u jednom važnom smislu. U stvari, s pozicije diskursa pravih stručnjaka, ne može se sve pravne norme shvatiti kao (prihvatljiva) značenja prethodno postavljenih normativnih formulacija. Kao što je već rečeno, (nebrojivo) mnogo je onih normi koje su rezultat “stvaralačke” aktivnosti, a ne “interpretativne” aktivnosti u užem smislu.

Ukupnost normi uključuje, dakle, dvije podukupnosti:

- i) norme koje daju značenje (jedno od prihvatljivih značenja) neke normative formulacije koju je postavio “zakonodavac”, i koje su rezultat interpretative aktivnosti u užem smislu;
- ii) norme koje se ne mogu povezati s određenom normativnom formulacijom u smislu njenog značenja, i koje su rezultat različitih pravnostvaralačkih aktivnosti pravnika, sudaca, odnosno pravnih stručnjaka općenito.

Čini se da obje ove kategorije normi ovise o tipu intelektualne (ili diskurzivne) aktivnosti pravnih stručnjaka. Jedne ovise o interpretaciji, a druge o (skrivenom) načinu stvaranja normi kojeg smo nazvali “pravničko stvaranje prava”.

S te točke gledišta, pravo se ukazuje ne (samo) kao rezultat jezičnih radnji donošenja normativnih formulacija, nego i jezičnih radnji interpretacije, razrade i kreativne manipulacije u koje se, u vezi tih formulacija, upuštaju pravni stručnjaci.

Tako gledano, može se reći da pravo ovisi o kombinaciji ovih dviju različitih stvari: (a) stvaranja normativnih tekstova, i (b) interpretacije tih tekstova i manipulacije njima. Nema prava bez normativnih tekstova za interpretiranje (prva ontološka teza), a ni bez interpretacije tih tekstova i manipulacije njima (druga ontološka teza).

23 Gray 1948 (bilj. 22), 170.

Događa se, makar dijakronično, to da su doktrina i praksa prožeti neslaganjima, što je i normalno: mnoge su odredbe predmet različitih suprotstavljenih interpretacija; postojanje neiskazane norme u pravnom poretku već je samo po sebi dvojbeno (upravo utoliko što je norma neiskazana). Različite interpretacije i pravničke konstrukcije vode k različitom viđenju normi,²⁴ a utoliko i (djelomično) različitim pravnim poretcima.

Sukladno jednoj doktrini i/ili jednom shvaćanju u praksi, poredak uključuje – pretpostavimo – iskazane norme N_1 , N_2 , N_3 i neiskazane norme N_4 , N_5 ; dok po nekom drugom shvaćanju uključuje iskazane norme N_1 , N_2 , (ne i normu N_3) i neiskazane norme N_4 , N_5 , a i neiskazanu normu N_6 . Suočeni smo, dakle, s dva različita poretka.

Najzad, trebamo se sada zapitati: Što je pravo u ovim okolnostima? Koji od dva poretka je pravo? Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, treba prijeći na treći nivo analize, koji odgovara trećem pojmu prava.

Kao što se i vidi, čak je i ovaj drugi pojam prava nezadovoljavajući: uvodi više problema nego što ih rješava. Ipak, nije lišen heurističke korisnosti: zasluga mu je u tome što naglašava činjenicu da pravo, strogo uzevši, nije samo jednostrani produkt “zakonodavaca”, kako to smatra krajnji juspozitivizam.²⁵ U praksi nije riječ samo o “zakonodavcima”, nego i o interpretima, i pravo, barem u jednom smislu te riječi, nastaje baš u njihovoj interakciji. Nezamislivo je pravo bez interpreti (posebno pravnika), kao što je i religija nezamisliva bez svećenika.

2.3 Pravo kao ukupnost vrijedećih normi

Na trećoj (dubinskoj) razini analize, riječ “pravo” označava ukupnost *vrijedećih* normi, to jest onih koje su doista primjenjivane – odnosno korištene za opravdavanje odluka – u prošlosti, a očekuje se da će ih primjenjivati i u budućnosti upravo oni organi koji “primjenjuju” pravne odredbe;²⁶ a to su, naravno, suci, ali i upravni i visoki ustavni organi.²⁷

24 Ili barem k različitim mogućim rješenjima jednog slučaja.

25 I kako to priželjkuje prva ontološka teza. “Krajnji” je, u ovom smislu, pravni pozitivizam, primjerice, Johna Austina.

26 Možda je korisno ukratko pojasniti pojam “primjena prava”. Riječ “primjena” ima različita značenja, ovisno o tome odnosi li se na odredbe (normative formulacije), pravila ili načela. Primijeniti odredbu, najjednostavnije rečeno, znači podvrgnuti tu odredbu interpretaciji i, naravno, utemeljiti neku odluku na toj odredbi. Primijeniti pravilo (iskazano ili neiskazano) znači iz tog pravila deducirati individualnu preskripciju. Primijeniti načelo znači konkretizirati to načelo, odnosno iz tog načela argumentirano izvesti neiskazana pravila. V. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

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

Drugim riječima, iako postoje različite interpretacije normativnih formula-cija, kao i različite konstrukcije neiskazanih normi, uvijek (bolje rečeno: gotovo uvijek), istodobno postoje i one interpretacije i pravne konstrukcije koje su općenito prihvaćene i dominantne: ono što talijanski Ustavni sud naziva “živuće pravo”.²⁸

Uzmimo prethodni primjer: sukladno doktrini D₁, poredak uključuje norme (iskazane i neiskazane) N₁, N₂, N₃, N₄, N₅; s druge strane, sukladno doktrini D₂, poredak uključuje norme (iskazane i neiskazane) N₁, N₂, N₄, N₅, N₆. Da bi se saznalo koji se poredak primjenjuje, potrebno je prethodno utvrditi koje se norme primjenjuju, a koje ne. Naravno, posve je moguće da se, empirijskom analizom pravne prakse (u širem smislu²⁹), utvrdi da se primjenjuju norme N₁, N₂, N₄, N₅, možda i neka norma N₇, ali ne i norme N₃ i N₆.

Važno je naglasiti da, u pravilu, dominantni poredak nije (samo) proizvod sudske prakse (u najširem smislu) – kako to smatraju neki krajnji pravni realisti, nego (a možda i prije svega) i pravne doktrine. Pravni stručnjaci uvijek pridonose stvaranju vrijedećeg prava (“pravo” u ovom trećem smislu riječi).

Također – tim više jer to nije očito – važno je naglasiti da je vrijedeće pravo pretežno stvoreno *extra ordinem*, da ga ne stvara normativni autoritet, nego da ga stvaraju suci i (možda, osobito) pravni znanstvenici. Norme su to koje su, moglo bi se reći, “formalno nevaljane”, s obzirom na to da pravnici i (u mnogim pravnim poretcima) suci uopće nisu ovlašteni stvarati pravne norme.³⁰ Dakle, nevaljane norme, a unatoč tomu, norme zbiljski vrijedeće: primjenjivane su u prošlosti, a predvidljivo je kako će se primjenjivati i u budućnosti.

Ukratko, kao “pravo” mogu se uzeti barem tri posve različite stvari: (i) ukupnost normativnih tekstova; (ii) ukupnost normi koje su plod “kreativne” interpretacije tih normativnih tekstova i manipulacije njima; i najzad (iii) ukupnost vrijedećih normi.³¹ Time dolazimo do epistemološke teze.

3 EPISTEMOLOŠKI REALIZAM

Radi izlaganja (dvostruke) epistemološke teze, uvodno je potrebno izložiti jedno razlikovanje.³²

28 Tako Andrea Pugiotto u: *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Genesi, uso, implicazioni, Milano, Giuffrè, 1994.

29 Odnosi se na sve organe koji primjenjuju pravo, a ne samo na one pravosudne.

30 To stajalište zauzima, primjerice, Ulises Schmill, u jednom (još) neobjavljenom radu u kojem, posljedično tom stajalištu, zaključuje da dogmatske teze (doktrinarno oblikovane neiskazane norme) ne spadaju u pravo.

31 Što je podukupnost unutar prethodno navedene ukupnosti.

32 Chiassoni 2012 (bilj. 1), 248: „Ponekad ‘pravna znanost’ nije ništa drugo nego preslika latinskih fraza ‘scientia iuris’ i ‘iuris scientia’“, pa tako „označava doktrinarno proučavanje prava,

U pravničkom jeziku, izraz “pravna znanost” ne označava ništa drugo nego rad samih pravnika (ovdje se misli na akademske pravnike): naziva se još i “doktrina” ili “dogmatika”. Očito je, takorekuć, da pravnici pokušavaju označiti svoj rad kao izvorno znanstveni pothvat koji je – mora se pretpostaviti, u svjetlu modernog poimanja znanosti – čisto deskriptivan: nije ni vrednujući, a nije ni preskriptivan.³³

Međutim, u jeziku opće teorije prava, isti izraz teži poprimanju jednog drukčijeg smisla: obično ne označava samo djelatnost pravnika, nego prvenstveno jedan model – ideal – spoznavanja i opisivanja prava, tek djelomično podudaran sa shvaćanjem aktualne dogmatike.³⁴

Zbog toga su, u pogledu pravnog realizma, kombinirane dvije različite teze: prva je deskriptivna teza o doktrini ili, drugim riječima, o dogmatici (§ 3.1), druga je preskriptivna teza o znanstvenoj spoznaji prava, odnosno o pravnoj znanosti kao takvoj (§ 3.2).

3.1 Doktrina

S gledišta pravnog realizma, kako je to već navedeno i zbog već iznesenih razloga, ne može se smatrati da je djelatnost akademskih pravnika baš “znanost”.

ili doktrinu ili pravnu dogmatiku. [...] Ponekad, iako rjeđe, fraza “pravna znanost” označava znanstvenu spoznaju pozitivnog prava”, što „nije istoznačno s doktrinarnim proučavanjem prava, kako ga se tradicionalno shvaća i prakticira u zapadnim kulturama. Može se čak smatrati da je riječ o posve različitoj aktivnosti“. Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), u: Scarpelli 1966 (bilj. 2), 335: „Pravnoj znanosti, kao i svakoj drugoj znanosti, može se pristupiti s dva krajnje različitih gledišta. Prvo gledište je ono deskriptivno, koje se ima pri promatranju onakve pravne znanosti kakvu prakticira grupa ljudi u određenom trenutku. Drugo gledište je ono koje je zaokupljeno oblikovanjem programa za “pravu”, “radikalno znanstvenu”, itd. pravnu znanost, i ima za cilj poboljšati postojeću pravnu znanost“.

33 Zaista postoje određene teorijske struje koje pravnu znanost poimaju kao jednu “praktičnu znanost”: diskurs koji nipošto nije kognitivan nego je, naprotiv, preskriptivan. Dva su usamljena primjera: Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, sv. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Dakako, Zagrebelsky i Ferrajoli o tom imaju vrlo različite ideje. Ugrubo, i krajnje pojednostavljeno: Zagrebelsky, kao i “hermeneutički” orijentirani pravnici općenito, zadaćom pravne znanosti smatra iznalaženje (točnog) rješenja za svaki konkretan slučaj; a Ferrajoli pak smatra da je zadaća pravne znanosti usmjeravanje zakonodavstva, razotkrivanjem praznina i antinomija u pravnom poretku (osobito: praznine posljedice manjkavoj primjeni ustava, i antinomije posljedice neustavnosti zakona).

34 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996, 293 i dalje; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4. izd., London, R. Campbell i John Murray (ur.), 1879, 33, 176 i 220; Ross 1958 (bilj. 2); Alf Ross, *Il concetto di diritto secondo Hart* (1962), u: Silvana Castignone i Riccardo Guastini (ur.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II. izd., Genova, ECIG, 1990; Kelsen 1966 (bilj. 4). Dodati je ovdje i metodološke radove Maxa Weбера, sakupljene u zbirci Max Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958.

Naravno, studije pravnika (gotovo) uvijek pridonose spoznaji prava, na određen način. Međutim, iz jednog pogleda bez iluzija, čini se vrlo jasnim da njihovi diskursi uopće nisu posve deskriptivni, barem ne u svojoj cjelini: mnoge doktrinarne tvrdnje – i to one koje su, najzad, karakteristične za doktrinarnu praksu, lišene su istinosnih vrijednosti. Interpretativni (odlučujući) iskazi, kako smo već vidjeli, prvenstveno su pripisujuće prirode. Iskazi koji oblikuju neiskazane norme (prikriveno) su preskriptivni. “Prikriveno“, s obzirom na to da se obično ne predstavljaju kao normativne formulacije, nego kao iskazi koji opstojе baš u normama: “(Neiskazana) norma N pripada poretku.”³⁵

S gledišta svojstvenog analitičkoj filozofiji prava, doktrina bi bila metajezik, imajući za svoj predmet jezik “zakonodavca”.³⁶ Takva konstrukcija doktrine izgleda privlačno, ali je nažalost varljiva.

Recimo ovako: nemoguće je pomiješati srčanu bolest i medicinsku znanost koja je opisuje, samim tim što srčane bolesti, za razliku od medicinske znanosti, nisu jezične tvorevine; a kad je riječ o odnosu prava i pravne znanosti, takva zbrka je moguća i ona nastaje. Tomu je tako jer “zakoni” (u materijalnom smislu), kao i sama pravna znanost, nisu ništa drugo nego jezične tvorevine (diskursi).

Drugim riječima, nemoguće je, ili jednostavno nerealno, jasno razgraničiti jezik “zakonodavca” od jezika pravnika: oni su podvrgnuti jednom stalnom procesu osmoze. Ako dobro promotrimo, diskurs pravnika ne analizira diskurs normativnih autoriteta uvijek na razini metajezika, iako:³⁷ prije svega pravnici stalno oblikuju i obogaćuju predmet svojih studija, poput violinista koji umeće apokrifne note u partituru prema kojoj svira.

To hoće reći da interpretacija i pravničko stvaranje prava nisu pravna “znanost” – kako to pravnici obično smatraju – nego su dio samog prava, a time i dio predmeta pravne znanosti kao takve. Najzad, opisivanje vrijedećeg prava zahtijeva razmatranje doktrine kao integralnog dijela samog prava.³⁸ Doktrina nije znanstvena spoznaja prava, nego dio njenog predmeta.

35 U proširenom obliku: “Iskazana norma N_1 pripada poretku. Norma N_2 implicitna je normi N_1 . Utoliko i norma N_2 pripada poretku.” Treba reći da je taj odnos između iskazane norme i iz nje derivirane neiskazane norme rijetko odnos logičke implikacije.

36 U tom smislu ogledan je esej Norberta Bobbija, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), sad u: Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, koji, među ostalim, u posve realističnoj maniri analizira intelektualne operacije karakteristične za doktrinu. Iz Bobbijevih analiza proizlazi kako se pravnici na ograničavaju samo na svoj jezik-predmet (diskurs zakonodavca), nego ga na različite načine “transformiraju”, kao što se procesom tehničke obrade transformira sirovina. Vidi i Norberto Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1954), sada u: Bobbio 2012 (bilj. 36).

37 Strogo uzevši, metalingvistični su interpretativni iskazi; ali ne i iskazi kojima se oblikuju “apokrifne”, neiskazane norme.

38 Osim, naravno, doktrinarno formuliranih (apokrifnih) normi koje su postale vrijedeće putem odluka organa primjene.

Na kraju, s pragmatičnog gledišta, doktrinarni se diskurs – interpretativni i konstruktivni – može zamisliti kao skup smjernica koje su *de sententia ferenda* upućene organima primjene, pogotovo sucima.³⁹

3.2 Pravna znanost

S točke gledišta pravnog realizma, pravna znanost, u smislu znanstvene spoznaje prava, kroz tri značenja koja smo dodijelili riječi “pravo” – može poprimiti tri različita oblika.⁴⁰ Uostalom, ti su oblici međusobno (posebno drugi i treći) savršeno integrirani: na neki način, riječ je o stranama iste medalje.

Ne propuštamo zapaziti kako ni u jednom od tih triju oblika pravnu znanost ne sačinjavaju opisi “obveza”, “prava” i drugih sličnih entiteta. Suprotno uvriježenom mišljenju, ona se ne sastoji od iskaza o normativnoj kvalifikaciji ponašanja. (“Obvezno je *p*”, “Zabranjeno je *q*”, itd.)

Nemala je važnost posljedice da iskazi pravne znanosti, suprotno shvaćanju koje zastupa Kelsen (i mnogi drugi pored njega), nipošto nisu deontološki iskazi kroz koje se, poput jeke,⁴¹ ponavljaju norme na koje se ti iskazi odnose.⁴²

- (i) *Kognitivna interpretacija*. Obično se pravnici – osim kada pišu sveučilišne udžbenike – uglavnom bave “odlučujućom” interpretacijom, odnosno pripisuju jednom ili drugom normativnom tekstu određeno značenje, odbacujući pritom druga podjednako vjerodostojna značenja, i nastojeći svoje značenje prikazati kao “ono pravo” (odnosno kao jedino) ispravno značenje. Međutim, odlučujuća interpretacija logički (ne psihološki) pretpostavlja “kognitivnu” interpretaciju, odnosno identifikaciju prihvatljivih značenja odnosnog normativnog teksta.

Dakle, kognitivna interpretacija (“Odredba D može izraziti normu N_1 ili normu N_2 ”), tako uobičajena u djelatnosti pravnika, doprinosi, makar skromno,

39 Ross 1958 (bilj. 2), posebno 46. Time se ne želi reći da diskurs pravnika (pogotovo kada pišu udžbenike) ne sadrži iskaze koji su izvorno spoznajne naravi: primjerice, nabranje različitih prihvatljivih značenja datog normativnog teksta, kao i opisivanje stavova sudske prakse i, još općenitije, živućeg prava. Pojasnit ćemo nastavno.

40 Svim trima, kako ćemo vidjeti, doprinosi, na relevantan način, ista doktrina, koja dakle uključuje čak i čisto spoznajne diskurse.

41 Uberto Scarpelli, Le ‘proposizioni giuridiche’ come precetti reiterati, u: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; Herbert L. A. Hart, Kelsen Visited (1963), sada u: Herbert L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford U. P., 1983.

42 Riccardo Guastini, Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism, u: Pierluigi Chiassoni (ur.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001. Ideja, ovdje odbačena, jest da nema drugog načina da se opiše, primjerice, normu “Ubojice moraju biti kažnjene”, osim da je se ponovi: ustvari, ponavljajući, poput jeke, “Ubojice moraju biti kažnjene”. Primjećuje se: *nisu bespredmetni* deontički iskazi tipa “Sukladno pravu, ubojice moraju biti kažnjene”, koji očito imaju metalingvistički karakter, i u kojima se deontički izrazi ne koriste, nego tek spominju (među navodnicima).

spoznaji prava, shvaćenog kao ukupnost normativnih tekstova. Ona osvjetljuje (neprijepornu) višeznačnost normativnih formulacija i nedorečenost normi.

Čini se da iskazi karakteristični za kognitivnu interpretaciju polaze od dva tipa interpretacije. Ti iskazi mogu biti dvojako shvaćeni:

- a) kao prognoze o budućem interpretativnom smjeru (prvenstveno organa primjene): “Odredbu D vjerojatno će se interpretirati u smislu N_1 ili u smislu N_2 ”; ili
- b) kao interpretativne smjernice (upućene organima primjene) koje ograničavaju područje “ispravnih” značenja: “Odredba D dopušta interpretacije N_1 i N_2 , i ni jednu drugu (u smislu da su ove obje “ispravne”, dok bi svaka druga bila “neispravna”).⁴³

Očito je da su iskazi ove druge interpretacije preskriptivne, a ne deskriptivne, naravi.

- (ii) (*Deskriptivna*) pravna metaznanost.⁴⁴ Shvaćanje prava kao ukupnosti (ne normativnih formulacija nego) normi – iskazanih i neiskazanih – daje očit doprinos spoznaji prava, kroz opisivanje i rekonstruiranje smjernica – interpretativnih i “konstruktivnih” – prisutnih u pravnoj kulturi.⁴⁵ doktrini i sudskoj praksi.

I ovo je uobičajena praksa za pravnike te nezanemarivo doprinosi spoznaji prava. Doprinos je nezanemariv utoliko što je poznavanje postojećih smjernica preliminarno za identifikaciju prevladavajućih i dominantnih pravaca. A poznavanje potonjih je, na svoj način, preliminarno za identifikaciju vrijedećeg prava.

- (iii) *Opisivanje vrijedećeg prava*. Shvati li se pravo kao ukupnost *vrijedećih* normi, opisivanje prava zahtijeva prepoznavanje normi koje pravosudni organi i, općenitije, svih organi primjene, efikasno primjenjuju.⁴⁶

Naravno, samo ondje gdje vrijedeće norme postoje: ondje gdje ne postoje, pravna znanost može tek zapaziti postojeće nesuglasice, područja nesigurnosti, i slično.

Možemo se složiti s rasprostranjenim mišljenjem po kojem se opisivanje vrijedećeg prava sastoji od normativnih propozicija.⁴⁷ “Propozicija”, jer se radi o iskazima obdarenima istinosnom vrijednošću. “Normativnih”, jer se odnose na

43 Onaj tko oblikuje takve smjernice očito unaprijed priprema vrednovanje budućih (prvenstveno sudskih) interpretacija.

44 Taj je izraz posuđen od Norberta Bobbija, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), sada u: Bobbio 2012 (bilj. 36).

45 Na određenom mjestu i u određeno vrijeme, naravno.

46 S tom razlikom što, u brojnim područjima, pravosudni organi – osobito oni najviše instance – još uvijek imaju zadnju riječ o tome.

47 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, gl. IV i VI.

norme. Međutim, uz tri dodatna pojašnjenja: prvo se odnosi na logički oblik normativnih propozicija, drugo na uvjete njihove istinitosti, a treće na njihov praktični domet.

- (a) Normativne propozicije – spomenute prethodno – nisu deontološki iskazi o normativnoj kvalifikaciji ponašanja: prije svega su to iskazi koji opstoje u (vrijedećim) normama.⁴⁸

Pravna “opstojnost” norme⁴⁹ nije nešto različito od njenog pripadanja jednom normativnom poretku. Utoliko su normativne propozicije iskazi koji potvrđuju pripadnost (vrijedećih) normi normativnim poretkima: “Norma N pripada poretku O”.⁵⁰

- (b) Normativna propozicija je istinita samo ako je predvidljivo da će se norma na koju se ona odnosi primjenjivati u budućnosti. Naravno, iako ne nužno, norma je predvidljivo primjenjiva u budućnosti ako je bila primjenjivana u prošlosti.⁵¹
- (c) S praktičnog stajališta, normativne se propozicije – iako to nije njihov logički oblik⁵² – može shvatiti kao propozicije za buduće slučajeve: predviđanja o budućoj primjeni normi na koje se odnose. Stoga se, najzad, može reći da tu nije riječ samo o propozicijama o normama, iako se tako čini, nego redovito i o propozicijama o činjenicama.

*S talijanskog preveo
Milan Franić.*

48 Ross 1958 (bilj. 2), gl. 2. Ross, u stvari, ovdje piše o opisivanju “valjanog” (*valid*) prava. No, on sam je pojasnio da je riječ o nesretnom prijevodu danske riječi koja, dakle, znači “vrijedeće”: tvrdnja o vrijedenju jedne norme je “činjenična tvrdnja koja se odnosi na ukupnost društvenih činjenica” (Alf Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, 1962, u: Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna Il Mulino, 1982, 152).

49 Ne smije se pomiješati s valjanošću: nisu sve valjane norme vrijedeće, niti su sve vrijedeće norme vljane.

50 Ovdje svjesno svodim pravnu opstojnost na “vrijedenje” (u smislu definiranom u tekstu).

51 Poznavanje dominantnih pravaca doktrine i sudske prakse (“ideologija izvora”, kako kaže Ross, koristeći nesretni izraz) omogućuje, u određenim granicama, predviđanje primjene još neprimijenjenih “novih” normi. V. još i Bulygin 1991 (bilj. 27).

52 Vidi gore pod točkom (a).

Riccardo Guastini*

Il realismo giuridico ridefinito

Il realismo giuridico, o almeno una forma di realismo, può essere raffigurato come la congiunzione di tre tesi strettamente connesse: una tesi ontologica, che risponde alla domanda, che tipo di entità è il diritto; la tesi metodologica che verte sulla interpretazione, e risponde alla domanda, che tipo di attività è l'attività interpretativa; e una tesi epistemologica che ha ad oggetto la scienza del diritto, e che risponde alla domanda, in che consiste la conoscenza scientifica del diritto.

Parole chiave: realismo giuridico, realismo ontologico, realismo epistemologico, realismo metodologico

Si può caratterizzare il realismo giuridico – o almeno *una forma* di realismo giuridico – come la congiunzione di tre tesi fra loro strettamente connesse: una tesi ontologica, una tesi metodologica, e una tesi epistemologica (le chiamo così in mancanza di meglio, anche se il nome non sempre è appropriato).¹

La tesi ontologica verte sul diritto: risponde alla domanda, che tipo di entità è il diritto.

La tesi metodologica ha ad oggetto l'interpretazione: risponde alla domanda, che tipo di attività è l'attività interpretativa.

La tesi epistemologica, infine, ha ad oggetto la conoscenza (la “scienza”) del diritto: risponde alla domanda, in che consiste la conoscenza scientifica del diritto.²

* guastini@unige.it | Professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi di Genova.

1 Una diversa, assai più complessa, caratterizzazione del realismo giuridico si legge in Pierluigi Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, n. 1, 240 ss, il quale esplicita in modo analitico una lunga serie di assunzioni metodologiche ed epistemologiche proprie di un realismo, diciamo, “bene inteso”. Tra queste vale pena di menzionare almeno: il rifiuto del giusnaturalismo, l'empirismo, il non-cognitivismo etico. Vedi anche Pierluigi 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 queste tre tesi se ne può forse aggiungere una quarta, accessoria: una tesi semantica, che risponde alla domanda, qual è il significato dei termini giuridici. Il realismo “semantico”, se così vogliamo chiamarlo, ha ad oggetto il significato sia dei termini impiegati dalle autorità normative (diciamo: il “legislatore”, beninteso in senso “materiale”) per formulare norme, sia dei termini impiegati dai giuristi per descriverle (per descriverne il contenuto). I termini deontici – “obbligo”, “divieto”, “permesso”, etc. – come pure i termini che denotano situazioni giuridiche

Parrebbe naturale cominciare con la tesi ontologica, ma vi sono buone ragioni (appariranno chiare in seguito) per posporla, e cominciare invece con quella metodologica, giacché la tesi realista in materia di interpretazione condiziona tutte le rimanenti.

1 REALISMO METODOLOGICO

Il realismo metodologico è, molto semplicemente, una teoria scettica dell'interpretazione:³ l'interpretazione – ossia l'attribuzione di significato ai testi normativi – è attività non cognitiva, ma “decisoria”. Per dirla con Kelsen: è atto di volontà, non di conoscenza.⁴ Si sta parlando, ovviamente, dell'interpretazione giuridica per antonomasia: quella giudiziale.

Peraltro, costituisce (normalmente) attività decisoria non solo l'interpretazione compiuta da giudici – e, più in generale, da organi dell'applicazione⁵ – ma anche quella compiuta da giuristi (la “dottrina” o “dogmatica”).

1.1 Interpretazione in senso stretto

I testi normativi – “il diritto”, dunque, in uno dei sensi di questa parola⁶ – soffrono di una molteplice forma di indeterminatezza. Per un verso, gli enunciati normativi sono sovente ambigui, sicché ammettono diverse interpretazioni:

che soggettive – “diritto”, “potere”, etc. – sono privi di riferimento semantico. Non denotano alcunché nel mondo. Semplicemente adempiono ad una funzione prescrittiva, direttiva, o normativa: servono cioè a dirigere il comportamento. I termini dogmatici – “proprietà”, “contratto”, etc. – sono egualmente privi di riferimento semantico. Sono usati, sia dal legislatore sia dai giuristi, per rappresentare in modo succinto la connessione tra i frammenti di norma che determinano una qualche fattispecie astratta (ad esempio, i diversi modi di acquisizione della proprietà di un bene) e i frammenti di norma che determinano la relativa conseguenza giuridica (ad esempio, le varie conseguenze giuridiche che discendono da detta acquisizione). Questo modo di vedere ricorre nelle opere di Karl Olivecrona (Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, 1962, in: Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1966; Karl Olivecrona, *Law as Fact*, II. ed., London, Stevens & Sons, 1971) e Alf Ross (Alf Ross, *Tù-Tù*, 1951, e *La definizione nel linguaggio giuridico*, 1958, entrambi in: Scarpelli 1966 (n. 2); Karl Olivecrona, *On Law and Justice*, London, 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, Torino, Giappichelli, 1989; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, “Preface. On Interpretation”; Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1966, 386 ss.
- 5 Non solo i giudici applicano il diritto (come spesso sostiene o sembra sostenere il realismo ingenuo), ma anche, ovviamente, i funzionari della pubblica amministrazione e, meno ovviamente, i supremi organi costituzionali.
- 6 Vedi *infra* la prima tesi ontologica.

non si sa se l'enunciato E esprima la norma N_1 o la norma N_2 . Per un altro verso, ciascuna norma è fatalmente vaga, sicché ammette diverse “concretizzazioni”: data una norma N (identificata per via di interpretazione testuale “in astratto”) non si sa se il caso x ricada o no nel suo ambito di applicazione (e ciò è materia di sussunzione, o interpretazione “in concreto” che dir si voglia).⁷

Per dirla succintamente, ogni testo normativo ammette interpretazioni – in astratto e/o in concreto – sincronicamente confliggenti e/o diacronicamente mutevoli.⁸ Ne segue che molte (forse non tutte, ma molte) controversie e, più in generale, molte (forse non tutte, ma molte) “questioni di diritto”, ammettono soluzioni diverse in competizione.⁹

Così stando le cose, pare ovvio che gli enunciati interpretativi – in astratto (“L'enunciato normativo E esprime la norma N ”) e in concreto (“Il caso x ricade nell'ambito di applicazione della norma N ”) – siano frutto di scelta e decisione, non di conoscenza. Essi cioè hanno carattere non descrittivo, o cognitivo, ma

7 Si aggiunga che l'insieme degli enunciati normativi fatalmente presenta lacune (fattispecie non disciplinate) e antinomie (fattispecie disciplinate in due modi incompatibili): le une e le altre, in virtù del divieto di denegare giustizia, vigente nella maggior parte degli ordinamenti occidentali moderni, esigono dal giudice soluzione. Occorre precisare, tuttavia, che lacune ed antinomie non precedono, ma seguono l'interpretazione. In altre parole: *data una certa interpretazione*, i testi normativi presentano una lacuna e/o un'antinomia; ma, *alla luce di una interpretazione diversa*, è possibile che la lacuna e/o l'antinomia scompaiano.

8 Questo modo di vedere si incontra soprattutto in alcuni realisti americani, nella scuola realistica “di Genova”, in alcuni realisti francesi, e, a ben vedere, nello stesso Kelsen (Hans Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, 1934, Torino, Einaudi, 1952, cap. VI; Kelsen 1966 (n. 4), cap. VIII). Quanto al realismo americano, si possono vedere: Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 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*, Torino, Giappichelli, 2002; Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford U.P., 2007. Quanto alla “scuola di Genova”: di Givoanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974; Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; di Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; di Pierluigi Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007; di Paolo Comanducci, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in: Mario Bessone (ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli, Torino, Giappichelli, 1999; Paolo Comanducci, *Hacia una teoria analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010; di Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Norme, principi, e logica*, Roma, Aracne, 2009; Giovanni Battista Ratti, *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012; vedi inoltre Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Quanto ai realisti francesi: di Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994; Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001; Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2012; di Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

9 Ciò è tanto più vero, naturalmente, in presenza di lacune e antinomie (vedi sopra, nota 6).

piuttosto ascrivito – non diversamente dalle stipulazioni e dalle ridefinizioni, alle quali sono in tutto analoghi¹⁰ – e come tali sono privi di valori di verità.¹¹

Le decisioni interpretative degli operatori giuridici sono condizionate, come è naturale, dai loro interessi pratici (politici, economici, professionali, etc.), dalle loro idee di giustizia, dalla accettabilità delle diverse decisioni entro la cultura giuridica esistente,¹² nonché – *last, but not least* – dalle elaborate costruzioni concettuali dei giuristi teorici, ossia della dogmatica giuridica.

1.2 Costruzione giuridica

D'altra parte, nel linguaggio comune dei giuristi il vocabolo “interpretazione” è usato, in modo alquanto opaco, per denotare la totalità delle operazioni intellettuali degli operatori giuridici.

Ad uno sguardo ravvicinato, non è difficile accorgersi che gli operatori giuridici – e, fra questi, soprattutto i giuristi teorici – non si limitano a decidere il significato dei documenti normativi: fanno anche altre cose. Dopo tutto, l'interpretazione strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo) non è che una parte – e forse neppure la più importante – del loro lavoro.¹³

Accanto all'interpretazione propriamente detta, e con questa inestricabilmente connessa, gli operatori giuridici fanno opera di “costruzione giuridica”.¹⁴

10 Riccardo Guastini, Interpretive Statements, in: Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright & Ruth Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Buljgin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

11 Che le definizioni stipulative (ivi incluse le ridefinizioni) non abbiano valori di verità può darsi per acquisito. Quanto detto nel testo non esclude, tuttavia, che l'interpretazione possa anche essere un'attività genuinamente cognitiva (analoga alla definizione informativa). Tale è l'interpretazione che si limita ad enumerare i diversi significati possibili o ammissibili di un testo normativo, senza sceglierne alcuno. Vi torneremo discorrendo di scienza giuridica (vedi *infra*, la seconda tesi epistemologica). Ad esempio, dato un enunciato normativo E ambiguo, tale che possa essere inteso alternativamente come esprimente la norma N_1 o la norma N_2 , avrà carattere cognitivo l'enunciato interpretativo “E può significare N_1 o N_2 ”; avranno invece carattere decisorio sia l'enunciato interpretativo “E significa N_1 ”, sia l'enunciato interpretativo “E significa N_2 ”. Ha ovviamente carattere non cognitivo, ma decisorio, l'interpretazione giudiziale come pure la gran parte dell'interpretazione dottrinale.

12 Sulla accettabilità delle decisioni interpretative insiste Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

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*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

14 L'espressione è ovviamente mutuata da Rudolph von Jhering. Vedi al riguardo Giorgio Losano, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; Mario Giuseppe Losano, Introduzione, in Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), Torino, Einaudi, 1972; Mario Giuseppe Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, spec. parte seconda, cap. VIII.

Con questa espressione mi riferisco ad un insieme, peraltro indeterminato, di operazioni intellettuali, tra le quali spiccano le seguenti:

- i) la creazione di lacune normative e, ancor più, assiologiche;
- ii) la creazione di gerarchie assiologiche tra norme;
- iii) la concretizzazione di principi;
- iv) il bilanciamento tra principi confliggenti;
- v) la creazione e (talvolta) la soluzione di antinomie; e sopra ogni altra
- vi) la elaborazione di norme inesprese, che si pretendono implicite nell'ordinamento (sebbene normalmente non siano affatto implicate in senso stretto, ossia in senso logico, da altre norme).¹⁵

Queste operazioni sono tra loro variamente connesse. La elaborazione di norme inesprese serve ovviamente a colmare lacune normative (vere o presunte). La creazione di una lacuna assiologica prelude alla costruzione di una norma inespressa atta a colmarla. La concretizzazione di principi consiste in una peculiare forma di elaborazione di norme inesprese. I conflitti tra principi sono antinomie di un tipo speciale, che non possono essere risolte se non per via di costruzione giuridica, e le gerarchie assiologiche (oltre ad orientare le scelte interpretative) sono strumenti utili a risolvere precisamente i conflitti tra principi. E così avanti.

Se l'interpretazione propriamente detta è attività non cognitiva, ma decisoria, a maggior ragione è attività decisoria la costruzione giuridica. In realtà, la costruzione giuridica è attività genuinamente nomopoietica di giudici e giuristi: legislazione "interstiziale" come si usa dire.

2 REALISMO ONTOLOGICO

È propria del realismo una ontologia empiristica del diritto: il diritto è non già un insieme di entità astratte (quali norme, valori, obblighi, diritti, o alcunché del genere), bensì un insieme di fatti, di fatti sociali di un certo tipo. Ma di

¹⁵ Succintamente: (i) una lacuna normativa è l'assenza di disciplina giuridica per un data fattispecie, mentre una lacuna assiologica è l'assenza di una disciplina soddisfacente (e la presenza, invece, di una disciplina insoddisfacente); (ii) una gerarchia assiologica è una relazione di valore tra norme istituita dagli interpreti mediante un giudizio di valore comparativo; (iii) concretizzare un principio significa ricavarne una norma inespressa per via argomentativa; (iv) il bilanciamento di due principi in conflitto consiste nello stabilire tra di essi una gerarchia assiologica; (v) la creazione di un'antinomia prelude alla abrogazione, alla invalidazione, o alla deroga di una delle norme coinvolte (e d'altro canto non tutte le antinomie possono essere risolte sulla base di criteri precostituiti: ad esempio, non quelle tra principi costituzionali); (vi) una norma inespressa è una norma che non costituisce il significato plausibile di alcuna specifica disposizione.

quali fatti precisamente è costituito il diritto? Questa domanda esige una risposta articolata.

2.1 Il diritto come insieme di testi normativi

Ad un primo livello (superficiale) di analisi – conformemente, del resto, al modo di vedere comune dei giuristi – la parola “diritto” denota nulla più che i testi normativi emanati dalle autorità normative (il “legislatore” in senso materiale,¹⁶ il “sovrano”). Denota cioè un insieme di *formulazioni normative*.¹⁷ Le formulazioni – o disposizioni – normative sono evidentemente fatti, sia pure fatti di un certo tipo: sono entità di linguaggio, il prodotto di atti linguistici.

Questo concetto di diritto – sebbene alquanto ingenuo, come vedremo subito – non è privo di utilità euristica. Serve a chiarire la genesi e, direi, la ontologia fondamentale del diritto.

In primo luogo (ontologia), le norme giuridiche sono null’altro che entità di linguaggio.¹⁸

In secondo luogo (genesì), esse nascono da atti di “legislazione”, ossia non vi è diritto “in natura”, o “nelle cose”:¹⁹ non vi è diritto senza legislatori. Per dirlo icasticamente con Walter Dubislav: “Kein Imperativ ohne Imperator”, non si danno comandi senza qualcuno che comandi.²⁰

Tuttavia, i testi normativi richiedono interpretazione. Ciò è quanto dire che è una ingenuità e una indebita semplificazione identificare senz’altro il diritto con i testi normativi.²¹ Se una data formulazione normativa può essere intesa, poniamo, sia nel senso N_1 (significato letterale *prima facie*), sia nel senso N_2 (corrispondente ad una supposta intenzione dell’autorità normativa), qual è il diritto: N_1 o N_2 ?

Diremo dunque che il diritto è non propriamente l’insieme dei testi normativi, ma piuttosto l’insieme dei significati – ossia delle norme – che *si ricavano*

16 Per “legislatore” in senso generico o materiale si intende qualsivoglia autorità normativa (il termine si riferisce dunque non solo al legislatore propriamente detto, ma altresì ai padri costituenti e alle autorità regolamentari). Così come per “legge” in senso generico o materiale si intende qualunque testo esprimente norme (e pertanto non solo la legge formale, ma altresì la costituzione e i regolamenti).

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

18 E non misteriosi abitanti del mondo del “Sollen”.

19 Contrariamente a quanto pensano taluni giusnaturalisti. Vedi tra i molti Michel Villey, *Le droit dans les choses*, in: Paul Amselek & Christophe Grzegorzczak (eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

20 Il motto di Dubislav è citato da Kelsen in un suo saggio famoso: Hans Kelsen, *Diritto e logica* (1965), in: Comanducci, Guastini 1989 (n. 4).

21 Così, tra gli altri, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

dai testi normativi, per via di interpretazione, nonché – come ormai sappiamo – per via di costruzione giuridica. In questo senso, i testi normativi non sono propriamente “diritto”: sono più modestamente “fonti del diritto”.

Questa idea è stata espressa, meglio che da chiunque altro, da John Chipman Gray, uno dei padri fondatori del realismo giuridico (americano):

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.²²

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*.²³

2.2 Il diritto come insieme di norme

Per questa ragione, passando ad un secondo livello (intermedio) di analisi, conviene usare la parola “diritto” per denotare non propriamente l’insieme delle formulazioni normative emanate dalle autorità, ma piuttosto l’insieme delle *norme* che da queste si ricavano per via di interpretazione latamente intesa.

Questo insieme è eterogeneo sotto un profilo importante. In effetti, non tutte le norme di cui discorrono gli operatori giuridici possono essere considerate come significati (plausibili) di formulazioni normative preesistenti. Come si diceva sopra, molte (innumerevoli) norme sono il risultato di attività non “interpretative” in senso stretto, quanto piuttosto “costruttive”.

L’insieme delle norme include dunque due sottoinsiemi:

- i) le norme che costituiscono il contenuto di significato (uno dei plausibili significati) delle formulazioni normative emanate dal “legislatore”, e che sono il risultato dell’attività interpretativa in senso stretto;
- ii) le norme che non possono essere imputate ad alcuna formulazione normativa specifica come suo significato, e che costituiscono invece il frutto delle multiformi attività di costruzione giuridica compiute dai giuristi, dai giudici, dagli operatori giuridici in genere.

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

23 Gray 1948 (n. 22), 170.

Le norme di entrambe le classi dipendono, si noti, dalle attività intellettuali (o discorsive) degli operatori giuridici. Le une dipendono dall'interpretazione, le altre dipendono da quella forma di nomopoiesi (occulta) che abbiamo chiamato "costruzione giuridica".

Da questo punto di vista, il diritto appare come il risultato non (solo) degli atti linguistici di emanazione di formulazioni normative, ma (anche) degli atti, egualmente linguistici, di interpretazione, rielaborazione, e manipolazione creativa di tali formulazioni, compiuti dagli operatori giuridici.

Si può dire che, così inteso, il diritto dipende dalla combinazione di due cose distinte: (a) la formulazione di testi normativi, e (b) la loro interpretazione e manipolazione. Non vi è diritto senza testi da interpretare (prima tesi ontologica) ma neppure vi è diritto (seconda tesi ontologica) senza interpretazione e manipolazione di tali testi.

Ora accade però che, almeno diacronicamente, dottrina e giurisprudenza siano attraversate da disaccordi, com'è naturale: molte formulazioni normative sono soggette ad interpretazioni distinte in competizione; l'esistenza nell'ordinamento di una norma inespressa è per lo più intrinsecamente discutibile (proprio in quanto la norma è inespressa). Interpretazioni e costruzioni giuridiche distinte mettono capo a norme diverse,²⁴ e pertanto a ordinamenti giuridici (parzialmente) differenti.

Secondo una certa dottrina e/o un certo indirizzo giurisprudenziale, l'ordinamento include – poniamo – le norme espresse N_1 , N_2 , N_3 e le norme inesprese N_4 , N_5 ; mentre secondo un diverso orientamento l'ordinamento include le norme espresse N_1 , N_2 , (non invece la norma N_3), e le norme inesprese N_4 , N_5 , e inoltre la norma inespressa N_6 . Siamo dunque di fronte a due ordinamenti distinti.

Ebbene, dobbiamo allora domandarci: Quale è il diritto in queste circostanze? Quale dei due ordinamenti è il diritto? Per rispondere a questa domanda, occorre inoltrarsi in un terzo livello di analisi, cui corrisponde un terzo concetto di diritto.

Come si vede, anche questo secondo concetto di diritto è insoddisfacente: solleva problemi, più che risolverli. Nondimeno anche esso non è privo di utilità euristica: ha il merito di richiamare l'attenzione sul fatto che il diritto, a rigore, non può dirsi prodotto unilateralmente dai "legislatori", come pensa il positivismo giuridico ingenuo.²⁵ Nella pratica giuridica non vi sono solo "legislatori", ma anche interpreti, e il diritto, in almeno un senso della parola, nasce

²⁴ O comunque a diverse possibili soluzioni di un medesimo caso.

²⁵ E come vorrebbe la prima tesi ontologica. "Ingenuo" in questo senso è il positivismo giuridico, ad esempio, di John Austin.

precisamente dalla loro interazione. Né è pensabile un diritto senza interpreti (giuristi in particolare) come non è pensabile una religione senza preti.

2.3 Il diritto come insieme di norme vigenti

Ad un terzo livello (profondo) di analisi, la parola “diritto” denota l’insieme delle norme *vigenti*, ossia effettivamente applicate – cioè usate per motivare decisioni – in passato e prevedibilmente applicabili in futuro dagli organi che per l’appunto “applicano” le formulazioni normative;²⁶ i giudici, s’intende, ma anche la pubblica amministrazione e i supremi organi costituzionali.²⁷

Detto in altre parole, sebbene esistano diverse interpretazioni delle formulazioni normative, così come diverse costruzioni di norme inesprese, sempre (be’, diciamo: quasi sempre) esistono sincronicamente interpretazioni e costruzioni giuridiche generalmente accettate e dominanti: ciò che la Corte costituzionale italiana chiama il “diritto vivente”.²⁸

Riprendiamo l’esempio precedente: secondo la dottrina D_1 l’ordinamento include le norme (esprese e inesprese) N_1, N_2, N_3, N_4, N_5 ; secondo la dottrina D_2 , per contro, l’ordinamento include le norme (esprese e inesprese) N_1, N_2, N_4, N_5, N_6 . Per sapere quale sia l’ordinamento in vigore, occorre accertare quali di queste norme siano vigenti e quali no. E naturalmente è del tutto possibile che all’analisi empirica della giurisprudenza (in senso ampio²⁹) risultino vigenti le norme N_1, N_2, N_4, N_5 , e magari una norma ulteriore N_7 , ma non le norme N_3 e N_6 .

È importante insistere che normalmente l’orientamento dominante è il prodotto non (solo) della giurisprudenza (in senso ampio) – come pensano taluni realisti ingenui – ma (anche e forse soprattutto) della dottrina. I giuristi sempre contribuiscono alla creazione del diritto vivente (il “diritto” in questo terzo senso della parola).

26 Un piccolo chiarimento sul concetto di “applicazione del diritto” è forse opportuno. Il vocabolo “applicazione” acquista sensi diversi a seconda che sia riferito a disposizioni (formulazioni normative), regole, o principi. Applicare una disposizione significa banalmente farne oggetto di interpretazione e, s’intende, usarla nella motivazione di una decisione. Applicare una regola (espressa o inespressa) significa inferirne deduttivamente una prescrizione individuale. Applicare un principio significa concretizzarlo, ossia ricavarne argomentativamente regole inesprese. Cfr. Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

27 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.

28 Vedi al riguardo Andrea Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994.

29 Mi riferisco alle decisioni degli organi dell’applicazione *tutti*, e non solo di quelli giurisdizionali.

È altresì importante insistere – dal momento che non è per nulla ovvio – che una gran parte del diritto vigente è costituita da norme formulate *extra ordinem* non già dalle autorità normative, ma dai giudici e (forse: soprattutto) dai giuristi teorici. Norme, qualcuno potrebbe dire, “formalmente invalide”, dal momento che i giuristi e (in molti ordinamenti giuridici) i giudici non sono affatto autorizzati a creare norme.³⁰ Norme invalide dunque, ma, malgrado ciò, norme di fatto vigenti: applicate in passato e prevedibilmente applicabili in futuro.

Riassumendo, per “diritto” si possono intendere non meno di tre cose altrettanto diverse: (i) un insieme di testi normativi; (ii) un insieme di norme, frutto di interpretazione e manipolazione “creativa” dei testi in questione; e finalmente (iii) un insieme di norme vigenti.³¹ E con ciò arriviamo alla tesi epistemologica.

3 REALISMO EPISTEMOLOGICO

Per esporre la (duplice) tesi epistemologica del realismo occorre introdurre una distinzione previa.³²

Nel linguaggio dei giuristi, l'espressione “scienza giuridica” denota nulla più che il lavoro dei giuristi stessi (mi riferisco qui ai giuristi accademici): la “dottrina” o “dogmatica”, che dir si voglia. Ovviamente, così dicendo, i giuristi cercano di accreditare il loro lavoro come una genuina impresa scientifica, cioè – si deve presumere, alla luce della concezione moderna della scienza – puramente descrittiva: né valutativa, né prescrittiva.³³

30 Così sostiene ad esempio Ulises Schmill, in un lavoro (ancora) inedito, il quale trae da ciò la conseguenza che le tesi dogmatiche (le norme inesprese formulate dalla dottrina) *non* sono parte del diritto.

31 Che è un sottoinsieme dell'insieme precedente.

32 Chiassoni 2012 (n. 1), 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”. Jerzy Wróblewski, *La normatività della scienza giuridica* (1966), in: Scarpelli 1966 (n. 2), 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”.

33 Esistono in verità talune correnti teoriche che concepiscono la scienza giuridica come una “scienza pratica”: un discorso niente affatto cognitivo, ma al contrario prescrittivo. Due soli esempi: Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Beninteso, Zagrebelsky e Ferrajoli hanno idee molto diverse in proposito. Grosso modo, e molto semplificando: Zagrebelsky, come in genere i giuristi di

Nel linguaggio della teoria generale del diritto, tuttavia, la medesima espressione tende ad assumere un senso diverso: denota solitamente non già la pratica effettiva dei giuristi, ma piuttosto un modello – un ideale – di conoscenza, di descrizione avalutativa, del diritto, che corrisponde solo in parte alla dogmatica realmente esistente.³⁴

Per questa ragione, nel realismo epistemologico si combinano due tesi distinte: la prima è una tesi descrittiva concernente la dottrina o dogmatica che dir si voglia (§ 3.1), la seconda è una tesi prescrittiva concernente la conoscenza scientifica del diritto, ossia la scienza giuridica propriamente intesa (§ 3.2).

3.1 Dottrina

Dal punto di vista del realismo giuridico, come già ho accennato e per le ragioni che abbiamo visto, la pratica effettiva dei giuristi accademici non può considerarsi propriamente una “scienza”.

Beninteso, gli studi dei giuristi (quasi) sempre contribuiscono, sì, alla conoscenza del diritto, nei modi che diremo. Tuttavia, ad uno sguardo disincantato appare molto chiaro che i loro discorsi non sono affatto puramente descrittivi, non nella loro interezza: molti enunciati dottrinali – quelli che, dopo tutto, caratterizzano la pratica dottrinale – sono privi di valori di verità. Gli enunciati interpretativi (decisori), come abbiamo visto, hanno piuttosto natura ascrivitiva. Gli enunciati che formulano norme inesprese sono (nascostamente) prescrittivi. “Nascostamente”, giacché si presentano di solito non come formulazioni normative, ma come enunciati esistenziali su norme: “La norma (inespressa) N appartiene all’ordinamento”³⁵

Secondo un modo di vedere caratteristico della filosofia analitica del diritto, la dottrina sarebbe un metalinguaggio avente ad oggetto il linguaggio del

orientamento “ermeneutico”, pensa che compito della scienza giuridica sia elaborare la soluzione (giusta) per ciascun caso concreto; Ferrajoli pensa piuttosto che compito della scienza giuridica sia orientare la legislazione, denunciando le lacune e le antinomie presenti nell’ordinamento (in particolare: le lacune derivanti dalla mancata attuazione della costituzione, e le antinomie derivanti da leggi ordinarie costituzionalmente illegittime).

34 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996, 293 ss.; John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4th ed. by R. Campbell, London, John Murray, 1879, 33, 176 s., 220; Ross 1958 (n. 2); Alf Ross, Il concetto di diritto secondo Hart (1962), in: Silvana Castignone & Riccardo Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., Genova, ECIG, 1990; Kelsen 1966 (bilj. 4). Aggiungo gli scritti metodologici di Max Weber, raccolti nel volume Max Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958.

35 In forma più estesa: “La norma espressa N_1 appartiene all’ordinamento. La N_2 è implicita nella norma N_1 . Pertanto anche N_2 appartiene all’ordinamento”. Va detto che raramente il rapporto tra una norma espressa e la norma inespressa che da questa si deriva è un rapporto di implicazione logica.

“legislatore”.³⁶ Questa raffigurazione della dottrina è molto attraente, ma purtroppo ingannevole.

Diciamo così: non vi è alcuna possibile confusione tra una patologia cardiaca e la scienza medica che la descrive, giacché le patologie del cuore, a differenza della scienza medica, non sono entità linguistiche; quando invece si tratta delle relazioni tra diritto e dottrina giuridica, siffatta confusione è possibile e di fatto si produce. Così è perché tanto le “leggi” (in senso materiale) quanto la dottrina giuridica altro non sono che linguaggi (discorsi).

In altre parole, è impossibile, o semplicemente irrealistico, tracciare una distinzione netta tra il linguaggio del “legislatore” e il linguaggio dei giuristi: essi sono soggetti ad un continuo processo osmotico. Il discorso dei giuristi a ben vedere, non “verte su” il discorso delle autorità normative a livello di metalinguaggio, non sempre almeno:³⁷ piuttosto i giuristi modellano ed arricchiscono continuamente il loro oggetto di studio, come un violinista che interpola note apocriefe nello spartito che sta eseguendo.

Ciò vuol dire che l’interpretazione e la costruzione giuridica sono non già la “scienza” del diritto – come solitamente pretendono i giuristi – ma parte del diritto stesso, e quindi parte dell’oggetto di studio della scienza giuridica propriamente intesa. Insomma, la descrizione del diritto in vigore esige che si prenda in considerazione la dottrina in quanto parte integrante del diritto stesso.³⁸ La dottrina è non già la conoscenza scientifica del diritto, ma una parte del suo oggetto.

Alla fine, dal punto di vista pragmatico, il discorso – interpretativo e costruttivo – della dottrina può essere raffigurato come un insieme di direttive, rivolte agli organi dell’applicazione e segnatamente ai giudici: direttive *de sententia ferenda*.³⁹

36 Esemplare in tal senso il saggio di Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in: Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, il quale peraltro analizza in modo tutt’affatto realistico le operazioni intellettuali caratteristiche della dottrina. Dall’analisi di Bobbio risulta che i giuristi non si limitano a parlare del loro linguaggio-oggetto (il discorso del legislatore), ma in vario modo lo “trasformano”, come un procedimento tecnico trasforma una materia prima. Vedi anche Norberto Bobbio, *Sul ragionamento dei giuristi* (1954), ora in: Bobbio 2012 (n. 36).

37 A rigore, sono metalinguistici gli enunciati interpretativi; ma non sono metalinguistici gli enunciati che formulano norme “apocriefe”, inesprese.

38 Sempre che, s’intende, le norme (apocriefe) formulate dalla dottrina divengano vigenti attraverso le decisioni degli organi dell’applicazione.

39 Ross 1958 (n. 2), spec. 46. Con ciò non si vuol dire che i discorsi dei giuristi (specie quando scrivono manuali) non incorporino anche enunciati genuinamente conoscitivi: ad esempio, enumerazione dei diversi significati ammissibili di un dato testo normativo, come pure descrizione degli orientamenti giurisprudenziali e, più in generale, del diritto vigente. Ne diremo tra un istante.

3.2 Scienza giuridica

Dal punto di vista del realismo giuridico, la scienza giuridica propriamente intesa – la conoscenza scientifica del diritto, nei tre sensi che abbiamo assegnato alla parola “diritto” – può assumere tre forme diverse.⁴⁰ Le quali peraltro (specialmente la seconda e la terza) si integrano perfettamente tra loro: in un senso, costituiscono facce di una stessa medaglia.

Non sfuggirà che in nessuna di queste tre forme la scienza giuridica consiste nella descrizione di “obblighi”, “diritti”, e altre consimili entità. Contrariamente a quanto molti pensano, *non* consiste di enunciati intorno alla qualificazione normativa della condotta (“È obbligatorio che *p*”, “È proibito che *q*”, etc.).

Con la non banale conseguenza che gli enunciati della scienza giuridica, contrariamente a quanto pensa Kelsen (e molti altri con lui), *non* sono affatto enunciati deontici, che ripetono – iterano⁴¹ – come un’eco le norme cui si riferiscono.⁴²

- (i) *Interpretazione cognitiva*. Solitamente i giuristi – salvo forse quando scrivono manuali universitari – si dedicano principalmente all’interpretazione “decisoria”, ossia ascrivono all’uno o all’altro testo normativo un significato determinato, scartando altri significati egualmente plausibili, e cercano di accreditarlo come “il” (cioè come l’unico) significato corretto. Tuttavia, l’interpretazione decisoria presuppone logicamente (non psicologicamente) l’interpretazione “cognitiva”, ossia l’identificazione dei significati ammissibili per il testo in questione.

Ebbene, l’interpretazione cognitiva (“La disposizione D può esprimere la norma N_1 o la norma N_2 ”) è una pratica comune per i giuristi, e costituisce un contributo – sia pure modesto – alla conoscenza del diritto, inteso come insieme di testi normativi. Essa mette in luce l’ambiguità (latamente intesa) delle formulazioni normative e la vaghezza delle norme.

Si osservi peraltro che gli enunciati caratteristici dell’interpretazione cognitiva ammettono, a loro volta, due interpretazioni. Possono essere intesi alternativamente:

- 40 A tutte e tre, come ora vedremo, contribuisce, in modo rilevante, la stessa dottrina, che dunque incorpora anche discorsi puramente conoscitivi.
- 41 Uberto Scarpelli, Le ‘proposizioni giuridiche’ come precetti reiterati, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967; Herbert L. A. Hart, Kelsen Visited (1963), ora in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford, U. P., 1983.
- 42 Riccardo Guastini, Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism, in: Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001. L’idea, qui respinta, è che non vi sia altro modo di descrivere la norma, poniamo, “Gli assassini devono essere puniti”, se non iterandola: appunto, ripetendo come un’eco “Gli assassini devono essere puniti”. Si osservi: *non* sono per nulla deontici enunciati del tipo “Secondo il diritto, gli assassini devono essere puniti”, che hanno carattere evidentemente metalinguistico, e nei quali le espressioni deontiche sono non già usate, ma menzionate (tra virgolette).

a) come previsioni intorno agli orientamenti interpretativi futuri (soprattutto degli organi dell'applicazione): "La disposizione D sarà probabilmente interpretata nel senso N_1 o nel senso N_2 "; oppure

b) come direttive interpretative (rivolte agli organi dell'applicazione) che circoscrivono l'area dei significati "corretti": "La disposizione D ammette le interpretazioni N_1 e N_2 , e nessuna altra" (nel senso che entrambe queste due sono "corrette", mentre ogni altra sarebbe "scorretta").⁴³

Nella seconda interpretazione, gli enunciati in questione hanno evidentemente natura prescrittiva, non descrittiva.

(ii) *Metagiurisprudenza*⁴⁴ (*descrittiva*). Inteso il diritto come insieme (non di formulazioni normative, ma) di norme – espresse e inespresse – costituisce un ovvio contributo alla conoscenza del diritto la descrizione o la ricostruzione degli orientamenti – interpretativi e "costruttivi" rispettivamente – presenti nella cultura giuridica:⁴⁵ in dottrina e in giurisprudenza.

Anche questo è pratica abituale dei giuristi, e anche questo contribuisce – in modo non marginale – alla conoscenza del diritto. In modo non marginale, poiché la conoscenza degli orientamenti esistenti è preliminare alla identificazione degli indirizzi prevalenti o dominanti. E la conoscenza di questi, a sua volta, è preliminare alla identificazione del diritto vigente.

(iii) *Descrizione del diritto vigente*. Inteso il diritto come insieme di norme *vigenti*, la descrizione del diritto richiede la ricognizione delle norme effettivamente applicate dagli organi giurisdizionali e, più in generale, da tutti gli organi dell'applicazione.⁴⁶

Là dove norme vigenti vi siano, beninteso: là dove non vi sono, la scienza giuridica può solo prendere atto dei disaccordi esistenti, delle aree di incertezza, e così via.

Si può convenire, con l'opinione più diffusa al riguardo, che la descrizione del diritto vigente consista di proposizioni normative.⁴⁷ "Proposizioni", ossia enunciati dotati dei valori di verità. "Normative", ossia concernenti norme. Con tre precisazioni, tuttavia: la prima attiene alla forma logica delle proposizioni normative, la seconda alle loro condizioni di verità, la terza alla loro dimensione pragmatica.

43 Chi formula direttive siffatte si predispone evidentemente a valutare le interpretazioni (soprattutto giudiziali) future.

44 Questo vocabolo è mutuato da Norberto Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), ora in: Bobbio 2012 (n. 36).

45 In un luogo dato e in un momento dato, s'intende.

46 Con l'avvertenza, peraltro, che in molte materie gli organi giurisdizionali – e segnatamente quelli di ultima istanza – hanno comunque l'ultima parola al riguardo.

47 Eugenio Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, capp. IV e VI.

- (a) Le proposizioni normative – lo accennavo sopra – non sono enunciati deontici concernenti la qualificazione normativa del comportamento: sono piuttosto enunciati esistenziali su norme (vigenti).⁴⁸

La “esistenza” giuridica di una norma⁴⁹ non è altra cosa dalla sua appartenenza ad un ordinamento normativo. Le proposizioni normative sono dunque enunciati che asseriscono l'appartenenza di norme (vigenti) ad ordinamenti normativi: “La norma N appartiene all'ordinamento O”.⁵⁰

- (b) Una proposizione normativa è vera, se e solo se è prevedibile che la norma cui si riferisce sarà applicata in futuro. Normalmente, sebbene non necessariamente, una norma è prevedibilmente applicabile in futuro quando sia stata effettivamente applicata in passato.⁵¹
- (c) Dal punto di vista pragmatico, le proposizioni normative – sebbene non sia questa la loro forma logica⁵² – possono essere intese come proposizioni su futuri contingenti: previsioni intorno alla applicazione futura delle norme cui si riferiscono. Per questa ragione, è lecito sostenere che si tratti, dopo tutto, non già di proposizioni su norme – malgrado le apparenze – ma di ordinarie proposizioni fattuali.

48 Ross 1958 (n. 2), cap. 2. Ross, in verità, parla qui della descrizione del diritto “valido” (*valid*). Ma lui stesso ha chiarito che si tratta della infelice traduzione di un vocabolo danese che, per l'appunto, significa “vigente”: un asserto intorno alla vigenza di una norma è “un asserto fattuale che si riferisce ad un insieme di fatti sociali” (Alf Ross, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, 1962, in: Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, 152).

49 Da non confondersi con la validità: non tutte le norme valide sono vigenti, e non tutte le norme vigenti sono valide.

50 Consapevolmente, sto qui riducendo la esistenza giuridica alla “vigenza” (nel senso definito nel testo).

51 La conoscenza degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali dominanti (“l'ideologia delle fonti”, direbbe Ross, con espressione non molto felice) consente, entro certi limiti, di prevedere l'applicazione di norme – “nuove” – non ancora applicate. Cfr. ancora Bulygin 1991 (n. 27).

52 Vedi sopra al punto (a).

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).¹

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 ? ».²

* 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'assomptions 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-cognitivismisme 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 :³ 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.⁴ 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'application⁵ – 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 mot⁶ – 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 subsumption, ou de l'interprétation « in concreto » si on veut l'appeler ainsi).⁷

Succinctement : tous les textes normatifs admettent des interprétations – *in abstracto* et/ou *in concreto* – synchroniquement en conflit et/ou diachroniquement variables.⁸ 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.⁹

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 analogues¹⁰ – et, en tant que tels, ils sont dépourvus de valeurs de vérité.¹¹

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,¹² 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 N₁ ou la norme N₂ ; l'énoncé interprétatif « E peut signifier N₁ ou N₂ » aura un caractère cognitif ; en revanche l'énoncé interprétatif « E signifie N₁ » tout comme l'énoncé interprétatif « E signifie N₂ » 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.¹³

A côté de l'interprétation proprement dite, et en lien inextricable avec elle, les opérateurs juridiques font œuvre de « construction juridique ».¹⁴ 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).¹⁵

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,¹⁶ le « souverain »). Il dénote ainsi un ensemble de formulations normatives.¹⁷ 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.¹⁸

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 » :¹⁹ 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.²⁰

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.²¹ 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.*²²

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,²³ 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.²⁴ 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

À 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

²³ Ou de toute façon diverses solutions possibles d'un même cas.

²⁴ 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 :²⁵ les juges, bien entendu, mais aussi l'administration publique et les organes constitutionnels suprêmes.²⁶

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 ».²⁷

Reprenons l'exemple précédent : selon la doctrine D₁ le système juridique comprend les normes (explicites ou implicites) N₁, N₂, N₃, N₄, N₅ ; selon la doctrine D₂, en revanche, le système comprend les normes (explicites ou implicites) N₁, N₂, N₄, N₅, N₆. 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 large²⁸) montre que sont en vigueur les normes N₁, N₂, N₄, N₅, et peut-être aussi une autre norme N₇, mais pas les normes N₃ et N₆.

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 le systèmes juridiques) les juges ne sont pas du tout autorisés à créer des normes.²⁹ 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 Bulgin, *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963), in : Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulgin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.

27 Voir à ce propos Andrea Pugiottio, *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.³⁰ 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.³¹

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.³²

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.³³

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 ».³⁴

Selon une manière de voir caractéristique de la philosophie analytique du droit, la doctrine serait un métalangage ayant pour objet le langage du « législateur ».³⁵ 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 y regarder, ne « porte » pas « sur » le discours des autorités normatives au niveau du métalangage, en tout cas pas toujours :³⁶ 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.³⁷ 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*.³⁸

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.³⁹ 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 – réitèrent⁴⁰ – comme un écho les normes auxquelles ils se réfèrent.⁴¹

- (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 »).⁴²

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

(ii) *Metajurisprudence*⁴³ (*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 :⁴⁴ 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.⁴⁵

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.⁴⁶ « 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).⁴⁷

L'« existence » juridique d'une norme⁴⁸ 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 ».⁴⁹

- (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.⁵⁰

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 logique⁵¹ – 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).

Synopsis

Riccardo Guastini, Full professor of philosophy of law at the University of Genoa.

Contact: guastini@unige.it

Legal Realism Restated

Keywords: legal realism, ontological realism, epistemological realism, methodological realism

Summary: 1. Methodological Realism. — 1.1. *Interpretation sensu stricto*. — 1.2. *Juristic Construction*. — 2. Ontological Realism. — 2.1. *Law as a Set of Normative Texts*. — 2.2. *Law as a Set of Norms*. — 2.3. *Law as a Set of Norms in Force*. — 3. Epistemological Realism. — 3.1. *Doctrine*. — 3.2. *Legal Science*.

Legal realism, or at least one version of realism, can be pictured as the junction of three closely related theses: an ontological thesis, which answers the question “What type of entity law is?”; a methodological thesis, dealing with interpretation and answering the question “What kind of activity is interpretation?”; and an epistemological thesis whose subject is the science of law and which answers the question “What the scientific study of law amounts to?”.

References

- Aulis AARNIO, 1987: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: Reidel.
- John AUSTIN, 1879: *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. 4th ed. by R. Campbell. London: John Murray.
- Jordi Ferrer BELTRÁN, Giovanni Battista RATTI (Eds.), 2011: *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Jeremy BENTHAM, 1996: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press.
- Norberto BOBBIO, 2012: *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- , 2012: *Sul ragionamento dei giuristi* (1954). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- , 2012: *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967). In Norberto Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Eugenio BULYGIN, 1991: *El concepto de vigencia en Alf Ross* (1963). In Carlos Eduardo Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- , 1995: *Norme, validità, sistemi normativi*. Torino: Giappichelli.
- Silvana CASTIGONE, Carla FARALLI, Mariangela RIPOLI (Eds.), 2002: *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*. Torino: Giappichelli.
- Pierluigi CHIASSONI, 1999: *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè.
- , 2007: *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- , 2012: *Il realismo radicale della teoria pura del diritto. Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1.

- , 2012: 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 i Barcelona, 2010, Madrid: Marcial Pons.
- Paolo COMANDUCCI, 1999: L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale. In Mario Bessone (Ed.), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, I. Regole, metodi, modelli. Torino: Giappichelli.
- , 2010: *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Luigi FERRAJOLI, 2007: *Principia Juris. Teoría del derecho e della democrazia*, vol. I, *Teoría del derecho*. Roma-Bari: Laterza.
- William W. FISHER III, Morton J. HORWITZ, Thomas A. REED (Eds.), 1993: *American Legal Realism*. New York-Oxford: Oxford U.P.
- John Chipman GRAY, 1948: *The Nature and Sources of the Law*. Second edition from the author's notes, by R. Gray. New York.
- Riccardo GUASTINI, 1997: Interpretive Statements. In Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, Ruth Zimmerling (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker & Humblot.
- , 2001: *Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism*. In Pierluigi Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*. Torino: Giappichelli.
- , 2011: Rule-Scepticism Restated. In Leslie Green, Brian Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Vol. 1. Oxford: Oxford U.P.
- , 2011: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- , 2012: Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones, y poderes. In Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (Eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Herbert L. A. HART, 1983: Kelsen Visited (1963). In H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford. U. P.
- Hans KELSEN, 1950: *The Law of the United Nations*. London: Stevens & Sons.
- , 1952: *Dottrina pura del diritto* (1934). Torino: Einaudi.
- , 1966: *Dottrina pura del diritto* (1960). Torino: Einaudi.
- , 1989: Sulla teoria dell'interpretazione (1934). In Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (Eds.), *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Vol. II. Torino: Giappichelli.
- , 1989: Diritto e logica (1965). in: In Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (Eds.), *Lanalisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Vol. II. Torino: Giappichelli.
- Giorgio LAZZARO, 1965: *Storia e teoria della costruzione giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Brian LEITER, 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford U.P.
- Mario Giuseppe LOSANO, 1968: *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla Scuola storica*. Torino: Giappichelli.
- , 1972: Introduzione. In Rudolph von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877). Torino: Einaudi.
- Rafael Hernández MARÍN, 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- , 1999: *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Eric MILLARD, 2006: *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz.
- Karl OLIVECRONA, 1966: Linguaggio giuridico e realtà (1962). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1971: *Law as Fact*. II ed., London: Stevens. & Sons.
- Giorgio PINO, 2010: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Andrea PUGIOTTO, 1994: *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. Genesi, uso, implicazioni. Milano: Giuffrè.
- Giovanni Battista RATTI, 2009: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- , 2009: *Norme, principi, e logica*. Roma: Aracne.
- , 2012: *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*. Madrid: Marcial Pons.
- Alf ROSS, 1958: *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- , 1966: Tù-Tù (1951). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1966: La definizione nel linguaggio giuridico (1958). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- , 1982: Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo (1962). In Alf Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*. Bologna: Il Mulino.
- , 1990: Il concetto di diritto secondo Hart (1962). In Silvana Castignone, Riccardo Guastini (Eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*. II ed. Genova: ECIG.

- Uberto SCARPELLI, 1967: Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.
- Giovanni TARELLO, 1962: *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.
- , 1974: *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- , 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Michel TROPER, 1994: *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: PUF.
- , 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF.
- , 2012: *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF.
- Michel VILLEY, 1989: Le droit dans les choses. In Paul Amselek, Christophe Grzegorzczak (Eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: PUF.
- Max WEBER, 1958: *Il metodo delle scienze storico-sociali*. Torino: Einaudi.
- Jerzy WRÓBLEWSKI, 1966: La normatività della scienza giuridica (1966). In Uberto Scarpelli (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità.
- Gustavo ZAGREBELESKY, 1992: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.