

Riccardo Guastini\*

## Les juges créent-ils du droit ?

Les idées de Alf Ross

Comme le font tous les juristes réalistes, Ross soutient lui aussi que les juges créent du droit. Un examen scrupuleux permet cependant de montrer, non seulement, qu'il existe chez lui plusieurs variantes de cette thèse et, mieux encore, qu'aucune de ces variantes n'est parfaitement convaincante car les concepts utilisés par Ross manquent souvent de précision.

**Mots-clés :** réalisme, création judiciaire, Gray, Kelsen, Holmes, droit en vigueur, interprétation, disposition, signification, règle implicite, règle explicite

### 1 « LES JUGES CRÉENT DU DROIT » : EN QUEL SENS?

« Les juges créent du droit » : c'est une thèse typique du réalisme juridique. Il y a pourtant plusieurs versions d'une telle thèse.

(1) Première version (très faible et carrément non-réaliste) : les juges ne créent du droit qu'occasionnellement, notamment quand ils « manipulent » les textes normatifs, c'est-à-dire quand ils s'éloignent de leur signification « naturelle », « objective ».<sup>1</sup> D'après cette thèse, normalement les juges ne créent pas du droit mais, au contraire, se bornent à appliquer du droit préexistant.

(2) Deuxième version (toujours très faible) : les juges ne créent du droit qu'occasionnellement, notamment quand ils rencontrent et combler des lacunes.<sup>2</sup> Cette thèse n'exclut pas non plus que normalement les juges se bornent à appliquer du droit préexistant.

\* guastini@unige.it | Professeur à l'Université de Gênes. Directeur de l'Institut Tarello pour la philosophie du droit.

1 Cette opinion est implicite dans la doctrine « cognitive » de l'interprétation : c'est-à-dire, la doctrine selon laquelle l'interprétation judiciaire est un acte de connaissance, et non pas de volonté.

2 Cf. par. ex. la *dissenting opinion* de Justice Holmes in *Southern Pacific Co. v. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), in Cohen & Cohen (1951 : 455) : « I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially ». Cf. aussi Cardozo (1991 : 113) : « He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law ».

(3) Troisième version (faible) : les juges contribuent toujours à la création du droit, en concrétisant des règles générales.<sup>3</sup> Cette thèse représente la jurisprudence comme une activité non pas mécanique, mais au contraire comme une activité créatrice, pour autant elle ne va pas jusqu'à affirmer que la jurisprudence est la seule source du droit, au point qu'il n'y aurait pas de droit avant et indépendamment des décisions juridictionnelles.

(4) Quatrième version (forte) : les juges, tout en décidant la signification des textes normatifs, créent *tout* le droit. Donc, il n'y a pas de droit préexistant aux décisions juridictionnelles. La jurisprudence, c'est la seule véritable source du droit.<sup>4</sup>

Eh bien, les quatre versions que je viens d'énumérer se trouvent toutes dans deux ouvrages de Ross, notamment dans *Theorie der Rechtsquellen* (1929), où Ross soutient en même temps la première, la deuxième, et la troisième version; et dans *On Law and Justice* (1953), où il soutient la quatrième. Malheureusement, aucune des quatre versions n'est convaincante.

## 2 TROIS THÈSES DU JEUNE ROSS

Dans *Theorie der Rechtsquellen*<sup>5</sup> Ross soutient donc trois thèses distinctes au sujet de la création judiciaire du droit.

(1) Première thèse : les juges créent nécessairement du droit en appliquant des règles générales à des cas concrets.<sup>6</sup>

Cela suppose que la création judiciaire du droit consiste à concrétiser des règles générales, c'est-à-dire à édicter des normes individuelles et donc, banalement, à trancher des litiges.

Les arguments donnés par Ross ne sont pas très clairs.

(a) D'un côté, Ross semble partager une idée de Alfred Verdross<sup>7</sup> (une idée qu'on connaît surtout dans sa version kelsenienne)<sup>8</sup> : la loi ne peut pas déterminer complètement le contenu des décisions juridictionnelles ; la loi se borne à dessiner un « cadre » (*Rahme*) à l'intérieur duquel plusieurs solutions sont également possibles ; le choix d'une solution déterminée, tout en écartant les autres, ne peut dépendre que d'un critère méta-juridique (politique ou moral).<sup>9</sup>

3 C'est la thèse de Kelsen : cf. Kelsen 1992 & 1962.

4 C'est, à peu près, la thèse de Troper : cf. Troper (1994 : 332 s. ; 2001 : chap. V).

5 Ross 1989 (dorénavant : TRQ).

6 Ross (1989 : 333, 348).

7 Verdross (1914 : 639). On trouve la même thèse aussi chez Merkl (dans un essai que Ross ne semble pas connaître) : « Sul problema dell'interpretazione » (1916) in Merkl (1987 : 266 s.).

8 Cf. par. ex. Kelsen (1992 : 78, 80 s. & 1962 : 328, 457, 462).

9 Ross (1989 : 327 s.).

(b) De l'autre côté, Ross remarque que le cadre offert par la loi est forcément abstrait, tandis que la décision du juge vise un cas concret mais, d'autre part, à son avis, entre l'abstrait et le concret il y a un « abîme » (*Kluft*) que la logique n'est pas en mesure de combler.<sup>10</sup> Et voilà donc que, tout en concrétisant la loi, le juge crée nécessairement du droit.<sup>11</sup>

Or, on a du mal à comprendre si le juge crée du droit : (a) au sens où il résout les problèmes découlant du caractère équivoque et indéterminé de la loi ; ou bien (b) au sens où il pose une norme individuelle (forcément nouvelle par rapport à la règle générale contenue dans la loi). Autrement dit, on ne comprend pas si la loi n'offre au juge qu'un cadre à cause du caractère équivoque et/ou indéterminé du langage, ou bien à cause du fait que la loi règle des classes de cas et non des cas individuels.

On a aussi du mal à comprendre l'idée d'un abîme entre l'abstrait et le concret – un abîme que la logique ne pourrait pas combler – car, si par « abstrait » on entend « général » et par « concret » on entend « individuel », alors tout raisonnement syllogistique permet précisément de combler un tel abîme, c'est-à-dire d'appliquer une règle générale à un cas individuel.

Mais peut-être que la thèse de Ross doit être comprise comme une anticipation de la thèse (très bien connue) de Kelsen : le droit (par définition) est formé non pas seulement de règles générales, mais aussi de normes individuelles, et les normes individuelles sont créées justement par les juges. Malheureusement, un tel concept de création judiciaire de droit n'est pas intéressant ni convaincant.

Le concept n'est pas intéressant parce qu'il ne dit rien de nouveau sur la fonction juridictionnelle : tout simplement il identifie la création judiciaire de droit avec le fait de prononcer des arrêts.<sup>12</sup>

Le même concept n'est pas convaincant pour une raison qui a été bien exposée par Eugenio Bulygin.<sup>13</sup> Une décision juridictionnelle n'est justifiée que si la norme individuelle est tirée par déduction d'une règle générale (il s'agit d'une définition stipulative de « justification d'une décision juridictionnelle »). Il n'y a donc que deux possibilités : ou bien la décision est justifiée ou bien elle ne l'est pas. Si la décision n'est pas justifiée, alors on peut bien dire que la norme individuelle a été créée par le juge (d'une façon arbitraire). Mais si, au contraire, la décision est justifiée, alors la norme individuelle est nécessairement déduite d'une règle générale,<sup>14</sup> et il ne semble pas approprié d'appeler « création » une déduction. Par conséquent, si le juge crée quelque chose, cela doit être non pas

10 Ross (1989 : 336).

11 Ross (1989 : 348).

12 Carrió (1990 : 109).

13 Bulygin (1995 : 7 s.).

14 Cf. Kelsen (1962 : 338). Cf. également Troper (1994 : 77).

la norme individuelle (contenue dans le dispositif), mais la règle générale (contenue dans la motivation) qui justifie sa décision.

(2) Deuxième thèse : les juges créent du droit (non pas nécessairement, mais) occasionnellement, et notamment quand ils s'écartent de l'interprétation « logico-grammaticale, objective ».<sup>15</sup>

Il y a, dit Ross, un « principe d'interprétation théorico-juridiquement nécessaire » (*rechtstheoretisch-notwendiges Auslegungsprinzip*), qui consiste dans « l'application logico-grammaticale, objective, de la signification abstraite de la loi. [...] Un tel principe objectif trace la borne entre la loi (ou l'application de la loi) et le droit créé par le juge » ; entre le droit « déjà existant » et le droit de « création nouvelle »<sup>16</sup> ; « toute interprétation qui va au delà de ce principe logico-grammatical est une création du droit ».<sup>17</sup>

Cette thèse – pour laquelle Ross ne donne aucune autre explication ou argumentation – semble supposer que tout texte normatif exprime une signification objective ; qu'une telle signification soit précisément la signification « logico-grammaticale » (i. e., littérale?) ; et que toute autre interprétation constitue une création de droit nouveau.

À vrai dire, la question de savoir si l'idée de Ross est que l'interprétation « logico-grammaticale » produit une signification univoque ou bien un « cadre » de significations n'est pas du tout claire.

Dans ce dernier cas, la thèse de Ross serait tout à fait plausible : l'interprétation « logico-grammaticale » consiste à constater la multitude de significations offertes par le « cadre » de la loi ; les juges appliquent tout simplement la loi quand ils choisissent l'une de ces significations ; ils créent du droit quand ils vont au dehors du « cadre ». Donc l'interprétation « logico-grammaticale » ne serait pas autre chose que l'interprétation « scientifique » de Kelsen.<sup>18</sup>

Cependant, tout en parlant d'interprétation « logico-grammaticale », Ross semble se référer à une méthode d'interprétation spécifique qui, fatalement, produira non pas un « cadre » de significations, mais *une* signification également spécifique. Or, une telle idée n'est pas acceptable. La signification « logico-grammaticale » – quelle qu'elle soit – n'est qu'une des significations possibles : pas plus objective que n'importe quelle autre signification qu'on pourrait tirer du même texte par d'autres méthodes d'interprétation. Elle n'a aucun statut privilégié. Privilégier cette signification particulière, c'est de la politique du droit, non pas de la théorie.

15 Ross (1989 : 338).

16 Ross (1989 : 338).

17 Ross (1989 : 339).

18 Kelsen (1962 : 462 s.).

(3) Troisième thèse : les juges créent du droit occasionnellement quand ils comblent une lacune, voire avant de la combler, ils créent du droit quand ils prétendent « découvrir » une lacune, car les lacunes ne sont créées que par les juges eux-mêmes.<sup>19</sup>

Le droit – selon Ross, comme selon Kelsen<sup>20</sup> – est nécessairement complet. Le « manque » d'une règle est un « vide », bien sûr, mais un « vide » n'est pas forcément une « lacune » : l'obligation dont le plaideur prétend l'accomplissement n'a tout simplement aucun fondement juridique, et donc, en appliquant la loi, la demande doit être rejetée.<sup>21</sup> Identifier un « vide » avec une « lacune » suppose un critère de reconnaissance des lacunes. Or, le droit étant complet, un tel critère ne peut pas être juridique : il est forcément politique.<sup>22</sup> Donc la « découverte » d'une lacune n'est pas un acte de connaissance du droit : c'est un acte d'évaluation.

En d'autres termes, il n'y a aucune lacune « objective » : toute lacune est « axiologique ». Le juge affirme l'existence d'une lacune lorsque l'application de la loi donnerait un résultat indésirable, insatisfaisant.<sup>23</sup> Et il va sans dire que substituer à la solution offerte par la loi une solution différente suppose la création d'une règle nouvelle, car les procédés d'intégration du droit ne sont pas des procédés logiques : ils ne sont que des artifices visant à cacher le caractère politique de la décision.<sup>24</sup>

Dans ce discours de Ross on peut distinguer trois thèses au sujet des lacunes : (i) le droit est nécessairement complet ; (ii) les lacunes, par conséquent, sont créées par le juge ; (iii) et évidemment combler des lacunes, c'est créer du droit nouveau.

Or, la thèse (iii) est tout à fait correcte. Cependant, c'est une thèse peu intéressante, parce qu'il s'agit, en réalité, d'une proposition analytique (une tautologie) : par définition, combler une lacune ne peut que consister dans la création d'une règle jusque-là « absente » et donc nécessairement « nouvelle ».

Par contre, la thèse (ii) est une intuition heureuse et féconde : les lacunes ne préexistent pas à l'interprétation ; au contraire, elles dépendent de

19 Ross (1989 : 340 s.).

20 Kelsen (1992 : 84 s. & 1962 : 329 s.). Cette idée remonte à Zitelmann 1903, et, en Italie, a été soutenue par Donati 1910. La thèse de Bergbohm 1892, soutenue en Italie par Roman 1925, n'est qu'une simple variante de la même théorie.

21 Ross (1989 : 342 s.).

22 Ross (1989 : 341).

23 Ross (1989 : 343).

24 Ross (1989 : 346 s.).

l'interprétation. Il y a des techniques d'argumentation (que Ross n'analyse pourtant pas)<sup>25</sup> pour « créer » des lacunes ainsi que pour les éviter.

Cependant, pour soutenir cette thèse, il n'est pas du tout nécessaire de soutenir aussi la thèse (i), c'est-à-dire la thèse de la complétude nécessaire du droit. Il s'agit, en effet, d'une thèse fort discutable pour plusieurs raisons,<sup>26</sup> dont la suivante : la complétude, comme les lacunes, c'est encore le résultat de l'interprétation.

L'argument pour la complétude donné par Ross (et par Kelsen) en est la preuve évidente. Rejeter la demande du plaideur suppose une interprétation particulière de la loi, notamment une interprétation littérale, qui peut être justifiée par l'argument *a contrario* (dans une des versions possibles de cet argument).<sup>27</sup> Mais l'interprétation littérale n'est qu'une des interprétations possibles. Et l'argument *a contrario*, d'autre part, n'est qu'une des techniques utilisables ;<sup>28</sup> en plus, cette même technique (dans une autre version) peut être utilisée, paradoxalement, pour la conclusion opposée, c'est-à-dire pour l'existence d'une lacune.<sup>29</sup>

Une remarque finale. Dans *Theorie der Rechtsquellen* Ross soutient en même temps : (1) que les juges créent nécessairement du droit en appliquant des règles générales à des cas concrets ; (2) que les juges créent du droit occasionnellement quand ils s'écartent de l'interprétation « logico-grammaticale » ; (3) que les juges créent du droit occasionnellement quand ils comblent une lacune.

Ross ne s'aperçoit pas que la première thèse est incompatible avec les autres car de deux choses l'une : ou bien la création du droit est intrinsèque à la fonction juridictionnelle, et donc les juges créent toujours du droit (thèse 1) ; ou bien la création judiciaire du droit n'est qu'occasionnelle, et donc les juges créent du droit non pas toujours mais seulement quand ils s'écartent de la signification « objective » de la loi (thèse 2) et/ou quand ils comblent une lacune (thèse 3).

25 Cf. Chiassoni (1997 : spec. 351 s. & 1999 : 294 s.) ; Guastini (2001 : 164 s.).

26 Cf. Alchourrón & Bulygin (1971 : spéc. 127 s., 130 s. & 2002 : surtout 179 s.).

27 Il y a deux variantes de l'argument *a contrario*. (1) La première variante (en fonction « d'exclusion ») consiste à argumenter que, si la loi a établi, par. ex., « Si F, alors J » (où F est une classe de faits, et J n'importe quelle conséquence juridique), alors la loi n'a rien établi pour tout fait divers de F (non-F). (2) La seconde variante (en fonction « d'inclusion ») consiste à argumenter que, si la loi a établi « Si F, alors J », alors la loi a réglé aussi les faits non-F, tout en connectant à ces faits la conséquence juridique opposée (non-J). Cf. Carcaterra 1994 ; Guastini (1995 : chap. VI).

28 Ross a bien raison de remarquer, dans *On Law and Justice* (cité dans la note 31), p. 151, que l'argument *a contrario* n'est qu'une façon de refuser l'interprétation extensive ou analogique, tout en se tenant à la signification naturelle du texte ; donc il n'y a pas une alternative entre l'argument analogique et l'argument *a contrario* : il s'agit tout simplement de choisir entre l'usage et le non-usage de l'analogie.

29 Cf. *supra*, note 27.

Ross ne s'aperçoit pas non plus que les trois thèses sous-entendent trois concepts différents de création du droit. La première thèse suppose – à la Kelsen – que la création judiciaire du droit consiste dans la concrétisation de règles générales, c'est-à-dire dans la production de normes individuelles.<sup>30</sup> La deuxième suppose que la création judiciaire du droit consiste à manipuler la signification « objective » des textes. La troisième suppose que la création judiciaire du droit consiste dans la production de règles générales.

D'autre part, selon la première thèse, les juges créent du droit dans le dispositif des arrêts (c'est bien le dispositif qui contient la norme individuelle). Selon la deuxième et la troisième, en revanche, les juges créent du droit dans la motivation (c'est bien en motivant leurs décisions qu'ils produisent des règles générales, soit en modifiant la signification « objective » de la loi, soit en comblant des lacunes).

### 3 LA THÈSE DU ROSS MÛR

Dans *On Law and Justice*<sup>31</sup> Ross soutient, en premier lieu, que la science juridique (à ne pas confondre avec la dogmatique)<sup>32</sup> est une description du droit en vigueur ; en second lieu, que les propositions de la science juridique sont des prédictions des décisions juridictionnelles futures.<sup>33</sup> Il faut mettre en évidence les présupposés d'une telle théorie de la science juridique.

(i) Premier présupposé : la distinction conceptuelle entre le droit (sans plus de précision) et le droit en vigueur. Le droit, d'après Ross, est un ensemble de règles, c'est-à-dire d'énoncés du langage prescriptif.<sup>34</sup> Le droit en vigueur, c'est l'ensemble de règles effectivement employées par les juges pour trancher des différends.

(ii) Deuxième présupposé : la thèse de théorie du droit selon laquelle toute règle de droit s'adresse, en dernière analyse, aux juges et, par conséquent, toute règle de droit est susceptible d'application juridictionnelle.<sup>35</sup>

30 Cf. par. ex. Kelsen (1992 : 11–12, 70 & 1962 : 314 s., 318 s., 324 s.).

31 Ross 1958.

32 Il faut souligner que la science (empirique) du droit est autre chose que la doctrine (ou dogmatique) existante. La doctrine n'est pas un discours entièrement scientifique, car les juristes ne se bornent pas à décrire le droit en vigueur : ils cherchent plutôt à influencer les juges par des directives *de sententia ferenda* (Ross 1958 : 46). Par conséquent, la théorie de la science juridique de Ross n'est pas une description de la pratique effective des juristes : il s'agit plutôt d'une théorie prescriptive de ce que les juristes devraient faire. Cf. Hernández Marin (1982 : 193–273 & 256 s.).

33 Ross (1958 : 38 s.).

34 Ross (1958 : 6–9).

35 Ross (1958 : 32–33).

(iii) Troisième présupposé : la thèse de théorie de l'interprétation selon laquelle tout énoncé juridique est équivoque et/ou indéterminé et, par conséquent, l'interprétation – notamment l'interprétation judiciaire, celle visant l'application<sup>36</sup> – est une activité toujours discrétionnaire : non pas un acte de connaissance, mais un acte de volonté et de décision.<sup>37</sup>

Le premier présupposé est l'un des éléments essentiels de la théorie analytico-réaliste du droit, mais il n'est pas directement important pour le sujet qui nous intéresse. Les autres présupposés, en revanche, exigent quelques explications.

(a) *Le caractère équivoque et indéterminé des textes normatifs.* Ross identifie trois classes de problèmes d'interprétation :<sup>38</sup> sémantiques, syntaxiques et logiques. Les problèmes sémantiques dépendent de l'indétermination de la référence de tout mot et de l'ambiguïté de sens de plusieurs mots. Les problèmes syntaxiques dépendent de la possible ambiguïté des constructions syntaxiques des énoncés. Les problèmes logiques découlent des relations d'un énoncé avec d'autres énoncés du même contexte. Mais, d'après Ross, il n'y a aucun principe susceptible d'apporter une solution mécanique à ces problèmes.<sup>39</sup> Par conséquent, l'application du droit exige toujours un choix entre plusieurs solutions possibles.<sup>40</sup> Et tout choix d'interprétation est guidé par la « material legal consciousness » du juge,<sup>41</sup> c'est-à-dire par son sentiment de justice.<sup>42</sup> Toute déci-

36 Le mot « interprétation » – dit Ross – est employé pour se référer à deux activités tout à fait différentes : (a) d'un côté, l'interprétation au sens propre, entendue comme connaissance de la signification (« a cognitive activity aiming merely at the ascertainment of the meaning as an empirical fact ») ; (b) de l'autre côté, « l'administration de la justice » ou « la méthode judiciaire », c'est-à-dire l'application du droit. Cet usage linguistique découle du désir de cacher la fonction créatrice et politique du juge (Ross 1958 : 138–139). Interpréter, c'est donc prendre connaissance de la signification. Cependant, Ross ne pense pas que tout énoncé n'exprime qu'une seule signification univoque. Au contraire, à son avis, l'interprétation ne peut que détecter une multitude de significations alternatives (ambiguïté) et, en tous cas, des significations vagues (indétermination). Face à ce « cadre » de significations « the interpreter must give up » (Ross 1958 : 120) : au sens que, par définition, le choix entre plusieurs significations alternatives, ainsi que la décision sur les bornes d'une signification vague, ce n'est pas de l'interprétation au sens propre, mais c'est le résultat d'une décision *lato sensu* politique.

37 Ross (1958 : 136, 139).

38 Qu'est-ce qu'un « problème d'interprétation » ? Ross ne le dit pas. Néanmoins, le concept est suffisamment clair. Un problème d'interprétation est, en premier lieu, une source de doute (pour l'interprétation cognitive) ; en second lieu, une source de pouvoir discrétionnaire (pour le juge).

39 Ross (1958 : 134). Ross ne mentionne pas les lacunes. Probablement, il n'a pas changé d'avis : les lacunes ne sont pas un problème d'interprétation parce qu'elles n'existent pas (le droit est complet et ce qu'on appelle une « lacune » n'est qu'une solution considérée comme insatisfaisante).

40 Ross (1958 : 138).

41 Ross (1958 : 138–139).

42 Ross (1958 : 153).



sion est le résultat de la combinaison entre l'interprétation *stricto sensu* (conçue comme une activité cognitive) et l'attitude d'évaluation du juge.<sup>43</sup>

(b) *Les destinataires des règles de droit.* Il y a – dit Ross – deux types de règles de droit : les règles de conduite et les règles de compétence. Cependant, les règles de compétence peuvent être réduites à des règles de conduite. Par exemple, les règles constitutionnelles conférant le pouvoir législatif ne sont que des règles de conduite formulées indirectement : elles commandent une conduite conforme aux règles qui seront édictées sous forme de législation.<sup>44</sup> Les règles de conduite, d'autre part, commandent apparemment une conduite aux justiciables. Mais leur « contenu réel » est une directive adressée aux juges.<sup>45</sup> Une disposition légale qui ne contient aucune directive pour les tribunaux – dit Ross – doit être considérée comme une proclamation idéologico-morale dépourvue de toute signification juridique.<sup>46</sup>

Or, la thèse selon laquelle connaître le droit en vigueur consiste à prévoir les décisions futures des juges entraîne que le droit en vigueur – *tout* le droit en vigueur – est le produit des décisions judiciaires. Il est donc non seulement vrai que les juges créent du droit, mais aussi que tout le droit en vigueur est créé par les juges.

On trouve une formulation classique de cette thèse dans un ancien livre de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, dont la première édition date de 1909.<sup>47</sup> Les lois – dit Gray – ne sont pas du droit, elles ne sont que des « sources » de droit.<sup>48</sup> Car les lois « do not interpret themselves ; their meaning is declared by the courts, and it is with the meaning declared by the courts, and with no other meaning, that they are imposed upon the community as Law »<sup>49</sup> ;

for, after all, it is only words that the legislature utters ; it is for the courts to say what those words mean ; that is, it is for them to interpret legislative acts ; undoubtedly there are limits upon their power of interpretation, but these limits are /.../ undefined.<sup>50</sup>

Gray ne manque pas de citer le Bishop Hoadly, selon lequel

43 Ross (1958 : 139).

44 Ross (1958 : 32). Cette « réduction » n'est pas convaincante. L'argument de Ross ne montre pas que les règles de compétence peuvent être « réduites » à des règles de conduite ; il montre que les règles de compétence peuvent être représentées comme des « fragments » des règles de conduite.

45 Cela est évident dans le cas des règles pénales, qui ne sont pas formulées comme des interdictions concernant la conduite des justiciables, mais comme des directives (adressées aux juges) concernant la sanction (Ross 1958 : 33).

46 Ross (1958 : 33).

47 Gray 1972.

48 Gray (1972 : 125). Cf. Ross (1958 : 75 s.).

49 Gray (1972 : 170).

50 Gray (1972 : 125).

Whoever hath an *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them ;

et il ajoute : « *A fortiori*, whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the law is, is truly the Law-giver ». <sup>51</sup> Donc : « All the law is judge-made law ». <sup>52</sup>

Il faut remarquer que le fondement de la thèse de Gray est un argument de théorie de l'interprétation : le droit est un ensemble non pas de textes, mais de significations, et les significations sont des produits de l'interprétation. Interpréter, c'est donc produire des significations, et produire des significations pourvues d'autorité (comme c'est le cas notamment pour les juges de dernière instance), c'est produire du droit : du droit « en vigueur » dans le langage de Ross.

Cependant, une telle idée pose un problème théorique très délicat. <sup>53</sup> Si tout le droit en vigueur est fait par les juges, alors la description du droit en vigueur suppose l'identification préalable des juges en tant que juges. Mais « juge » est un concept juridique. Et, par conséquent, l'identification des juges suppose, à son tour, la connaissance préalable du droit en vigueur (au moins, d'une partie du droit en vigueur). <sup>54</sup> Comment échapper au cercle vicieux ?

Ross rencontre ce problème deux fois : tout d'abord dans *Towards a Realistic Jurisprudence* (1934), puis dans *On Law and Justice* (1953).

(a) Dans *Towards a Realistic Jurisprudence* <sup>55</sup> Ross – qui ne partage pas encore la thèse de Gray – dénonce justement le cercle vicieux (tout en ignorant complètement la théorie de l'interprétation de Gray) : on ne peut pas soutenir que tout le droit est fait par les juges – dit-il – parce qu'on ne peut pas identifier les juges indépendamment du droit.

The quality of being a judge is itself legally conditioned /.../. The law cannot therefore be exhaustively explained as the rules actually applied by the judge; for it would be necessary first to know the law so as to know what was meant by “the judge”. <sup>56</sup>

D'ailleurs – ajoute Ross, tout en critiquant Jerome Frank <sup>57</sup> – les décisions juridictionnelles portent sur des cas particuliers ; donc, si tout le droit est fait par les juges, on doit en conclure que le droit n'est qu'un ensemble de décisions individuelles et non pas de règles générales. Les règles ne seraient alors que des

<sup>51</sup> Gray (1972 : 102).

<sup>52</sup> Gray (1972 : 102).

<sup>53</sup> Cf. Twining (1973 : 284).

<sup>54</sup> Cf. Twining, *Eod. loc.*

<sup>55</sup> Ross 1946.

<sup>56</sup> Ross (1946 : 62).

<sup>57</sup> Frank 1930.

prédictions de la conduite future des juges.<sup>58</sup> Mais, de cette façon, on fait une confusion entre les règles de droit et les propositions scientifiques qui les décrivent. Les règles ne sont pas des propositions factuelles (vraie ou fausses) : elles sont des prescriptions.<sup>59</sup>

(b) Dans *On Law and Justice*, Ross – qui partage désormais la thèse de Gray – admet l'existence du cercle vicieux, mais refuse sa propre critique précédente par un argument « holistique ». Le système juridique – dit-il – est un ensemble intégré de droit privé et de droit public. La vigueur est une propriété du système dans son ensemble. Par conséquent, il n'est pas possible de vérifier la vigueur d'une partie du système avant l'autre. La vigueur du droit ne peut être vérifiée qu'en visant le droit tout entier. Le test de la vigueur consiste à employer le système juridique dans son ensemble en tant que schéma d'interprétation de la réalité sociale. Et cela permet de comprendre, à la fois, la conduite des juges et le fait qu'ils agissent précisément en tant que juges.<sup>60</sup>

Tout cela n'est pas convaincant. Bien sûr, on peut dire que les règles du droit civil et pénal sont adressées, en dernière analyse, aux juges (même si cela n'est pas toujours évident dans leur formulation). Mais on ne peut pas dire, par exemple, que toutes les règles du droit constitutionnel sont elles aussi adressées aux juges, *y compris les règles qui instituent les juges*. Et l'on ne peut pas dire non plus que de telles règles ne sont que des proclamations morales dépourvues de toute signification juridique.

C'est la raison pour laquelle, prise à la lettre, la thèse selon laquelle tout le droit en vigueur est fait par les juges n'est pas défendable. Les textes juridiques ne sont pas tous susceptibles d'application juridictionnelle ; plus particulièrement, les textes constitutionnels (ou des parties importantes des textes constitutionnels) ne le sont (normalement) pas. On devrait alors dire que tout le droit est créé non pas par les seuls juges, mais par les organes d'application (juridictionnels, administratifs, politiques).

D'autre part la thèse en question a le défaut (grave) de négliger la contribution des juristes à la création du droit, non pas seulement au moyen de directives *de sententia ferenda* mais aussi, et surtout, au moyen de la construction de concepts et de doctrines qui conditionnent la façon de penser, la *forma mentis*, des juges et des organes d'application (aussi bien que des avocats, etc.).

58 Ross (1946 : 67 s.).

59 Ross (1946 : 72). Ross critique ainsi implicitement la thèse, très bien connue, de Justice Holmes : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law » (Holmes 1897 : 457). Pour Ross (1958 : chap. 2) c'est non pas le droit, mais la science juridique, qui est un ensemble de prévisions sur les décisions juridictionnelles.

60 Ross (1958 : 36–37).

#### 4 QUELQUES REMARQUES FINALES

Le droit, dit-on, est un ensemble de règles. Mais le mot « règle » dans le langage des juristes (et des théoriciens du droit) est utilisé soit pour dénoter des énoncés (les énoncés des sources « formelles » du droit), soit pour dénoter leurs significations. Et donc le mot « droit » peut, à son tour, dénoter à la fois un ensemble d'énoncés ou un ensemble de significations. Par conséquent, on peut parler de « création de droit » pour se référer soit à la production d'énoncés (qui est typique de la « législation », au sens matériel), soit à la production de significations (qui est typique de l'interprétation).

Cela signifie que l'on ne peut en aucun cas dire que les juges créent du droit *dans le même sens* dans lequel on dit que la législation crée du droit. Car la même expression a évidemment deux significations distinctes dans les deux contextes : produire un texte et lui attribuer une signification sont des activités tout à fait différentes.

Si l'on conçoit le droit comme un ensemble (non pas de textes, mais) de significations, on peut dire – voire, on doit dire – que le droit est une variable dépendante de l'interprétation, mais on ne peut pas dire – à la lettre – que le droit est créé par les interprètes *seuls*. Parce qu'il n'y a pas d'interprétation sans un texte à interpréter, et donc le droit naît de la combinaison de la législation (au sens matériel) et de l'interprétation.

À mon sens, pourtant, la production du droit en vigueur (au sens de Ross) est un phénomène compliqué. Pour en esquisser une description, il faut introduire une petite série de concepts préliminaires.<sup>61</sup>

(a) Disposition : tout énoncé des sources « formelles » du droit.

(b) Règle explicite : tout énoncé constituant la signification (*une* des significations) d'une disposition (ou d'une combinaison de dispositions, ou d'une combinaison de fragments de dispositions).

(c) Règle implicite : tout énoncé normatif, produit par les interprètes, qui ne constitue pas la signification d'une disposition.

(d) Règle en vigueur : toute règle, explicite ou implicite, utilisée par un organe d'application pour justifier une décision.

Et donc :

(1) Les législateurs (au sens matériel) produisent des dispositions. La législation est donc évidemment une activité créatrice, mais créatrice justement de dispositions, non pas de règles. En disant cela, je ne veux pas dire que les dispositions produites par les législateurs n'expriment *aucune* règle. Ce que je veux dire est que toute disposition – surtout si on la considère dans le contexte des dispositions qui forment, dans leur ensemble, l'ordre juridique – a une significa-

61 Mais pour une analyse plus approfondie cf. Chiassoni (1999 : 261 s.).

tion équivoque et/ou indéterminée. Donc elle admet plusieurs interprétations, c'est-à-dire elle exprime non pas une seule règle avec des bornes bien déterminées, mais un « cadre » de significations : une pluralité de règles alternatives dont le contenu est indéterminé.

(2) L'interprétation cognitive (ou « scientifique » au sens de Kelsen) consiste à déterminer – tout en appliquant les diverses techniques d'interprétation – toutes les règles explicites qu'on pourrait tirer d'une disposition, c'est-à-dire le « cadre » des significations potentiellement exprimées par une disposition. Il ne serait pas approprié de dire que l'interprétation cognitive soit une « création » de signification, même dans un sens très faible du mot « création ». Les règles explicites dégagées par l'interprétation cognitive ne sont pas, en tant que telles, en vigueur, mais elles peuvent le devenir.

(3) L'interprétation décisive – accomplie notamment par un organe d'application (donc l'interprétation « authentique » au sens de Kelsen) – consiste à choisir *une* signification déterminée (donc une règle explicite) au sein du « cadre », tout en écartant les autres, afin de justifier une décision. Dans ce cas, on peut parler, si l'on veut, de « création » d'une signification. Mais il s'agit évidemment d'un sens très faible du mot « création ».

(4) Parfois, les organes d'application attribuent à une disposition une signification qui n'est pas comprise dans le « cadre » des significations possibles et ensuite, ils utilisent cette signification – cette règle implicite – pour justifier une décision. Cette opération ne peut être qualifiée d'« interprétation » sauf dans un sens très large du mot. Il s'agit plutôt d'une véritable « création » – au sens fort, cette fois – d'une règle implicite. Une opération, donc, tout à fait analogue à la législation (toujours au sens matériel), même si elle n'a pas la « forme » de la législation, parce qu'elle ne consiste pas dans la formulation « officielle » d'une disposition.

(5) Parfois, les organes d'application « trouvent » – en effet, ils fabriquent, eux-mêmes, par des techniques appropriées d'argumentation – une lacune dans le système juridique, et ils comblent une telle lacune en élaborant une règle implicite, qu'ils n'essaient même pas de présenter comme la signification d'une disposition, et qu'ils utilisent ensuite pour justifier une décision. Une telle opération ne peut être qualifiée d'« interprétation » en aucun sens raisonnable du mot. Il s'agit de la « création » – au sens fort – d'une règle implicite.

Jusqu'ici j'ai tacitement adopté un concept très étroit de « production de droit ». Le droit étant un ensemble de dispositions et/ou de règles (explicites et implicites), on produit du droit *stricto sensu* en introduisant des nouvelles dispositions et/ou règles dans l'ensemble existant. Mais cette notion de « production de droit » est évidemment trop étroite. Au sens large, on produit du droit chaque fois qu'on modifie l'ensemble existant. Ce qui peut être fait, à la fois, en ajoutant des dispositions ou règles nouvelles, mais aussi en éliminant des dis-

positions ou des règles préexistantes. (La substitution n'est qu'une combinaison d'addition et de soustraction.)

Or, dans plusieurs ordres juridiques, une disposition et/ou une règle peut être éliminée de deux façons fondamentales : abrogation explicite et annulation (je ne parle pas de l'abrogation dite « tacite » pour ne pas trop compliquer l'analyse). L'abrogation explicite est une compétence des législateurs. L'annulation, dans plusieurs ordres juridiques, c'est la compétence des juges constitutionnels (et dans certains ordres des juges administratifs aussi).

Et donc :

(6) Les législateurs parfois créent du droit – au niveau des dispositions – non pas en introduisant des dispositions nouvelles, mais en éliminant des dispositions préexistantes par voie d'abrogation explicite.

(7) Certains juges – notamment les juges constitutionnels (lorsque le jugement de constitutionnalité se déroule *a posteriori*) – créent parfois du droit, au niveau des dispositions, en annulant des dispositions existantes par une déclaration d'inconstitutionnalité.

(8) Les mêmes juges créent parfois du droit, au niveau des règles, en ne touchant pas aux dispositions, mais en annulant des règles (explicites ou implicites) par une décision « interprétative », c'est-à-dire une décision qui déclare l'inconstitutionnalité non pas d'une disposition en tant que telle, mais d'une de ses significations.

## Bibliographie

Carlos Eduardo ALCHOURRON & Eugenio BULYGIN, 1971 : *Normative Systems*. Vienne-New York: Springer-Verlag.

—, 2002 : *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* [1975]. Buenos Aires : Astrea [réimp. 2002].

Karl BERGBOHM, 1892 : *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig : Duncker & Humblot.

Eugenio BULYGIN, 1995 : *Norme, validità, sistemi normativi*. Trad. ital. Riccardo Guastini. Turin : Giappichelli.

Gaetano CARCATERRA, 1994 : *L'argomento a contrario. L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Dir. Sabino Cassese, Gaetano Carcaterra, Marco D'Alberti & Andrea Bixio. Bologna : Il Mulino.

Benjamin N. CARDOZO, 1991 : *The Nature of the Judicial Process* [1921]. New Haven-Londres : Yale University Press, (réimp 1991).

Genaro R. CARRIO, 1990 : *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4<sup>e</sup> éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Pierluigi CHIASSONI, 1997 : *Lacune nel diritto. Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologne : Il Mulino.

—, 1999 : *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milan : Giuffrè.

Morris R. COHEN & Felix S. COHEN, 1951 : *Readings in Jurisprudence*. Boston-Toronto : Little, Brown and Company.

Donato DONATI, 1910 : *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milan : Milano Soc. ed. Libreria.

Jerome FRANK, 1930 : *Law and the Modern Mind*. New York : Bretano's.

John Chipman GRAY, 1972 : *The Nature and Sources of the Law*. Second edition from the author's notes by Ronald Gray. Gloucester : Peter Smith.

Riccardo GUASTINI, 1995 : *Il giudice e la legge*. Turin : Giappichelli.

- , 2001 : *Il diritto come linguaggio*. Turin : Giappichelli.
- Rafael HERNANDEZ MARIN, 1982 : *Diritto e scienza*. Saggio su A. Ross. *Contributi al realismo giuridico*. Dir. Enrico Pattaro. Milan : Giuffrè. 193-273.
- Oliver Wendell HOLMES, 1897 : *The Path of the Law*. *Harvard Law Review* (1897) 10.
- Hans Kelsen, 1962 : *Théorie pure du droit* [1960]. 2<sup>nd</sup> ed. Trad. fr. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz.
- , 1992 : *Introduction to the Problems of Legal Theory* [1934]. Trad. angl. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson. Oxford : Clarendon Press.
- Adolf J. MERKL, 1987 : *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. ital. C. Geraci. Milan : Giuffrè.
- Santi ROMANO, 1925 : *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*. Modena : Presso l'Università degli studi.
- Alf ROSS, 1946 : *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law* [1934]. Trad. angl. A. I. Fausbøll. Copenhagen : Einar Munksgaard.
- , 1958 : *On Law and Justice* [1953]. Trad. angl. Margaret Dutton. Londres : Stevens & Sons.
- , 1989 : *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* [1929]. Aalen : Scientia Verlag.
- Michel TROPER, 1994 : *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris : PUF.
- , 2001 : *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris : PUF.
- William L. TWINING, 1973 : *The Bad Man Revisited*. *Cornell Law Review* (1973).
- Alfred VERDROSS, 1914 : *Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1914).
- Ernst ZITELMANN, 1903 : *Lücken im Recht*. Leipzig : Duncker u. Humblot.

*Synopsis***Riccardo Guastini****Les juges créent-ils du droit ?**

Les idées de Alf Ross

SLOV. | *Ali sodniki ustvarjajo pravo? Razmišljanja Alfa Rossa.* Kot vsi pravni realisti tudi Ross trdi, da sodniki ustvarjajo pravo. Vseeno pa bi morala natančna analiza te teze poudariti, da priključuje mnoge različne pomene – ne le to: najverjetneje se zaradi Rossove pojmovne zmedenosti noben od njih ne bo izkazal kot povsem prepričljiv.

**Ključne besede:** realizem, sodno pravotvorje, Gray, Kelsen, Holmes, veljavno pravo, vplivno pravo, razlaganje, pravna izjava, pomen, neizrecno pravilo, izrecno pravilo

ENG. | *Do Judges Create Law? The Ideas of Alf Ross.* As all legal realists do, also Ross argues that judges create law. However, a scrupulous analysis of such a thesis should emphasize that it recovers many different meanings and more than that, none, is likely to be completely convincing because of Ross' conceptual confusion.

**Keywords:** realism, judicial creation, Gray, Kelsen, Holmes, valid law, law in force, interpretation, legal statement, meaning, implicit rule, explicit rule

**Summary:** 1. Judges Create Law: In What Sense ? — 2. Three Theses of the Young Ross. — 3. The Thesis of the Mature Ross. — 4. Some Final Remarks.

**Riccardo Guastini** is a Professor of Law at the University of Genoa and Director of the Tarello Institute for Legal Philosophy. | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi, 30 - 16126 Genova, Italy. E-mail: guastini@unige.it