

LÉVIATHAN  
COLLECTION DIRIGÉE  
PAR STEPHANE MALIS

LA THÉORIE DU DROIT,  
LE DROIT,  
L'ÉTAT

*Michel Troper*

*Professeur à l'Université de Paris X  
Membre de l'Institut universitaire de France*



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

Si l'on appliquait la méthode recommandée par nos maîtres, il faudrait commencer par expliciter le titre et donner quelques définitions en commençant par l'interprétation, qui fait l'objet de théories rivales, tantôt une théorie réaliste, tantôt d'autres théories qu'il est trop tôt pour oser appeler « irréalistes ». Après avoir défini l'« interprétation » comme activité, on pourrait passer à la définition de « la théorie réaliste », et enfin examiner de quelle manière cette théorie s'applique à l'interprétation.

Pourtant, cette méthode ne peut être utilisée ici sans précaution. Pour définir l'interprétation, il faudrait en effet choisir entre deux possibilités : interpréter, c'est *indiquer* la signification d'une chose ou c'est *déterminer* la signification de cette chose. La première définition repose sur le présupposé qu'il est possible de connaître le sens, que l'interprétation est une fonction de la connaissance, la seconde qu'elle est une fonction de la volonté. Chacune de ces définitions correspond à une théorie différente. La définition ne porte donc pas sur une activité qui peut être l'objet d'une théorie ; elle est elle-même l'expression de cette théorie.

À leur tour, les deux théories visées reposent sur des présupposés ontologiques et épistémologiques. Ontologiques : si je prétends qu'interpréter c'est indiquer un sens, c'est que je présuppose l'existence d'un sens objectif qu'il est possible de décrire. À l'inverse, je peux supposer que le sens n'existe pas et qu'il n'est donc pas possible de le décrire, mais seulement de le déterminer.

Présupposés épistémologiques ensuite : toute théorie prend place dans un système intellectuel auquel on peut assigner une certaine fonction. On peut ainsi considérer ce système intellectuel comme un discours pratique, celui des juges par

exemple, et adopter la définition de l'interprétation rendra les meilleurs services dans l'exercice de l'activité judiciaire. Ainsi, pour le doyen Vedel, le juge ne peut exercer son activité, se donner une légitimité et argumenter, que s'il présuppose qu'elle consiste à découvrir un sens<sup>1</sup>. À l'inverse, on peut penser que ce système intellectuel est un système scientifique et, dans ce cas, il faut rechercher non pas la théorie qui rendra les meilleurs services, mais celle qui satisfera aux conditions de vérité de cette science.

Il faut noter que les deux présupposés ontologique et épistémologique sont liés : nous choisissons une ontologie en fonction de notre conception de la tâche à accomplir. Si notre ambition est de contribuer avec la théorie de l'interprétation à un système scientifique, nous devons choisir une ontologie qui permette une vérification de type scientifique.

Aussi, si l'on veut éviter tout engagement hâtif, c'est par stipulation qu'il faut définir l'interprétation comme cette « activité qui consiste soit à indiquer, soit à déterminer la signification » d'une chose. On doit encore apporter une précision importante car elle servira d'argument en faveur de la théorie réaliste : l'interprétation dont il sera question est exclusivement l'interprétation *juridique*, c'est-à-dire celle qui produit des effets dans le système juridique, à l'exclusion par conséquent de l'interprétation musicale ou littéraire, qui doit être traitée tout à fait différemment.

On peut à présent définir la théorie réaliste. Il s'agit d'une variante du positivisme juridique, donc d'une doctrine qui veut s'efforcer de construire une science du droit sur un modèle dérivé des sciences empiriques. Le positivisme juridique peut se présenter sous deux formes : certaines théories, appartenant au courant normativiste, prétendent pour objet les normes en tant que devoir-être et se donnent pour tâche de le décrire selon des méthodes spécifiques, différentes des sciences de la nature ; d'autres entendent prendre un objet véritablement empirique et envisagent les normes comme des comportements humains ou des expressions linguistiques. La théorie réaliste comprend elle-même plusieurs variantes. L'une prend pour objet le comportement des juges, donc un phénomène psychosocial. Le droit est alors un comportement effectif. Une autre variante prend pour objet non les comportements, mais le mode de raisonnement effectif des juristes. Elle cherche à comprendre les contraintes qui pèsent sur ces acteurs – et *a contrario* la marge d'appréciation dont ils disposent – et les contraintes qu'ils produisent.

C'est à une théorie réaliste de l'interprétation que Kelsen semble s'être rallié à partir de la deuxième édition de *Théorie pure*, après l'avoir critiquée dans des termes

<sup>1</sup> Exposé inédit au séminaire du Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris II, résumé au chapitre VI : « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel. »

très durs. Cependant, il ne lui a consacré que des développements très courts et n'en a pas accepté toutes les conséquences logiques, peu compatibles avec certaines de ses idées relatives à la structure de l'ordre juridique.

Celle qu'on exposera ici, tout en prenant appui sur la conception kelsenienne de l'interprétation s'en écartera donc sur de nombreux points.

Cette théorie réaliste peut se résumer en trois propositions principales :

- 1 / l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ;
- 2 / elle n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits ;
- 3 / elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique.

## UNE FONCTION DE LA VOLONTÉ

Trois séries d'arguments militent en faveur de la thèse que l'interprétation est une fonction de la volonté : l'interprétation *contra legem* n'existe pas ; il n'y a pas de sens à découvrir ; il n'y a pas d'intention de l'auteur ; il n'y a pas de sens objectif, indépendant des intentions.

### *L'interprétation contra legem n'existe pas*

On peut reprendre ici la distinction établie par Kelsen entre l'interprétation scientifique et l'interprétation authentique. L'interprétation « scientifique » ou « doctrine » est celle qui est produite non seulement par la science du droit ou la doctrine juridique, mais par toute personne, qui n'a pas été habilitée par l'ordre juridique à donner une interprétation dotée du monopole de la validité.

Kelsen emploie l'expression « interprétation authentique » dans un sens légèrement différent du sens habituel. Dans la langue juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même du texte à interpréter, par exemple le pouvoir législatif pour les lois, conformément à l'adage *ius est interpretari legem auctoris est condere*. Pour Kelsen, c'est celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets. Elle peut émaner de n'importe quelle autorité habilitée à interpréter, par exemple, mais non exclusivement, les tribunaux supérieurs. L'effet de l'interprétation authentique est qu'elle s'impose, quel que soit son contenu. Le texte interprété n'a pas et ne

cut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée, même si ce sens avait contraire à toutes les interprétations données par d'autres personnes, même si le parait déraisonnable et même si elle va à l'encontre de tout ce qu'on peut savoir de l'intention de l'auteur du texte. On trouve dans n'importe quelle histoire de la jurisprudence de nombreux exemples de telles interprétations qui s'imposent contre toute compréhension intuitive. Ainsi, le Conseil d'État interprétant la formule insusceptible de tout recours » comme n'excluant pas recours pour excès de pouvoir dame Lamotte en est un. Ainsi encore le cas, cité par Chaim Perelman, des tribunaux anglais qui devaient condamner à mort les voleurs de tout objet d'une valeur supérieure à 2 £ et qui, pour éviter de prononcer des condamnations aussi dures, valuaient n'importe quel objet à 39 shillings, jusques et y compris un portefeuille contenant 10 £ en espèces, lui aussi évalué à 39 shillings.

De telles interprétations ne peuvent pas être dites *contra legem*. Une interprétation *contra legem*, en effet, serait celle qui irait à l'encontre du sens véritable de la loi. Or, on ne dispose d'aucune interprétation permettant d'établir ce sens véritable, auquel on pourrait comparer le produit de l'interprétation authentique. Le seul standard juridiquement incontestable est celui qui est déterminé par l'interprétation authentique.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'ordre juridique fait prévaloir arbitrairement un sens imposé par une autorité dotée d'un pouvoir de décision, sur un sens existant, mais qui, pour des raisons d'ordre ou de sécurité, serait privé d'effet et vicéme d'une espèce de raison d'État du droit. Il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir.

### *Il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur*

Il faut remarquer d'abord que si l'on assimile le sens à l'intention de l'auteur, c'est-à-dire à un certain état mental, il existe de nombreux textes pour lesquels une telle intention n'existe pas. Le cas le plus frappant est celui d'un texte adopté par une autorité collégiale. L'auteur du texte est réputé être l'autorité tout entière et pas seulement les membres qui ont voté pour lui, mais une autorité collégiale ne peut avoir une intention, parce qu'elle n'est pas un sujet psychique. Même l'intention des membres envisagés individuellement est impossible à établir. Si nous prenons le cas d'un Parlement, tous ceux qui ont voté pour l'adoption du texte ne se sont pas exprimés au cours du débat et ceux qui l'ont fait ont pu mentir sur leurs intentions. Même si elles ont été exposées sincèrement, ces intentions peuvent être multiples et même contradictoires. Ceux qui ont voté pour le texte, sans s'être exprimés, ont pu le faire avec les

mêmes intentions que certains des orateurs, mais parfois avec des intentions toutes différentes. Ils ont pu être animés par toutes sortes de raisons : la paresse, l'ignorance, l'imitation de leurs collègues, le souci de respecter la discipline du parti. À supposer même que tous les membres du collège aient pu s'exprimer, qu'ils aient tous été parfaitement sincères et qu'ils aient été tous dans le même état psychique, ils n'ont pu avoir une intention concernant la situation concrète pour laquelle il faut interpréter le texte, parce qu'au moment de son adoption, on ne pouvait avoir en vue cette situation concrète, mais seulement une classe de situations.

Il arrive d'ailleurs souvent que l'auteur au sens juridique ne soit pas l'auteur intellectuel. C'est le cas lorsqu'un projet de loi a été préparé par une administration et adoptée par le Parlement ou encore lorsqu'une constitution a été adoptée par référendum. L'auteur est alors le corps électoral et il est bien évidemment impossible de découvrir une intention commune aux millions d'électeurs.

Mais même si l'on pouvait réellement déterminer l'auteur et découvrir une intention univoque, on ne pourrait identifier cet état mental à un sens, car une telle identification rendrait très difficile l'application des lois. L'application des lois ne serait en effet que l'application de la volonté du législateur. Il est normal selon cette conception de distinguer le sens de la loi de celui qui pourrait résulter d'une interprétation littérale ou téléologique, parce que le législateur a pu ne pas vouloir ce que révèlent ces interprétations. Mais, si le juge s'en tient à ce qu'il peut connaître de l'état mental du législateur, il ne pourra jamais appliquer la loi à des situations que celui-ci n'a pas considérées et il devra refuser de juger. Si le sens de l'article 1384 coïncide avec l'état mental des rédacteurs du Code civil, on ne peut l'appliquer à des accidents causés par des machines dont ces rédacteurs ne pouvaient avoir aucune représentation.

Au demeurant, si l'état mental du législateur pourrait véritablement sur une classe d'objets qu'il connaissait et si le juge devait déterminer si la loi est applicable à tel objet, qui lui apparaîtrait clairement comme appartenant à cette classe, il ne pourrait tout jours pas dire qu'il applique la loi, conformément à l'intention de son auteur. Dans celui-ci avait à l'esprit n'était pas l'objet concret, mais seulement la catégorie. Pour l'état mental réel dans lequel il se trouvait, il a très bien pu négliger le fait qu'on appliquerait subsumer un jour tel ou tel objet sous la catégorie. Pour prétendre qu'on appliquerait la loi, selon l'intention du législateur, il faut donc admettre la construction suivante : le sens de la loi est ce que le législateur avait présent à l'esprit et toutes les conséquences qu'il aurait dû raisonnablement en tirer, même s'il ne les a pas réellement tirées ou qu'il en aurait tirées s'il avait pu prêter attention à tel ou tel fait concret.

L'interprétation conformément à l'intention est donc toujours une construction de l'interprétation. Cependant, si le sens n'est pas réductible à l'intention, il n'y a pas non plus de sens objectif indépendant des intentions.

On peut songer à découvrir un sens, qui serait différent de l'intention éventuellement révélée par les travaux préparatoires. Ce serait celui qui ressort des mots du texte ou du contexte systématique dans lequel il figure ou encore de la fonction sociale ou économique que doit remplir la norme. La raison en est que ces différents sens ne peuvent être approchés qu'à travers l'emploi de certaines méthodes spécifiques à chacun d'eux, le sens littéral par l'interprétation littérale, le sens fonctionnel par l'interprétation fonctionnelle, etc. Or, ces diverses méthodes conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision. C'est alors la décision de l'interprète de faire prévaloir une méthode sur une autre qui seule produit le sens.

Il n'y a donc pas de sens objectif, ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention. Le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens. Il en résulte certaines conséquences théoriques importantes pour la détermination de l'objet de l'interprétation.

## L'OBJET DE L'INTERPRÉTATION

5/10

Si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit, alors, contrairement à ce que pensent de nombreux auteurs et Keisen lui-même, l'objet de l'interprétation ne peut être une norme juridique. Si une loi contient la formule *il est interdit de p*, l'expression *p* peut désigner, selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes *p1, p2...*, *pn*, de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes : *il est interdit de p1, il est interdit de p2...*, *il est interdit de pn*. C'est l'interprète qui choisit entre ces différentes normes. La norme n'est ainsi pas dotée de sens. Elle est elle-même un sens et ne peut donc être interprétée parce qu'il est évidemment absurde de chercher à déterminer le sens d'un sens.

Ce qui peut faire l'objet d'une interprétation, c'est donc seulement ce qui peut se trouver porteur de sens, le texte ou le fait.

## *Le texte*

Le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur. Selon un adage répandu, « *in clavis esset interpretatio* » ou « *in clavis non est interpretandum* », ce qui est clair n'a pas besoin d'être interprété. Mais cette idée se heurte à plusieurs objections. Tout d'abord, si l'interprétation est une décision, alors elle peut aussi porter sur le caractère clair ou obscur du texte. Une autorité jouissant du pouvoir de donner une interprétation authentique peut parfaitement déclarer qu'un texte est obscur pour justifier qu'elle l'interprète ou au contraire qu'il est clair de manière à affirmer qu'il a tel sens, sans avoir à reconnaître qu'elle l'interprète, comme le fait, par exemple, le juge administratif français à l'égard de certains actes, pour éviter d'en référer à une autre autorité. En second lieu, l'adage contredit la vision traditionnelle de l'interprétation. Même si l'on admet qu'interpréter c'est connaître un sens qui est déjà là, on ne peut pas affirmer qu'un texte est clair sans reconnaître qu'on connaît son sens, donc qu'on l'a déjà interprété. Par conséquent, même les textes réputés clairs ont déjà été interprétés.

Cela étant, si l'interprétation porte sur un texte et si tout texte doit toujours être interprété, il ne faut pas réduire l'interprétation à la seule détermination du contenu du texte, de ce qu'il prescrit. En d'autres termes, on ne s'attache pas seulement à ses dispositions, mais on peut aussi interpréter son statut.

L'idée qu'on peut interpréter le statut du texte découle d'un concept large d'interprétation. Si nous ramassons une pierre nous pouvons nous demander s'il s'agit d'un objet naturel ou d'un artefact comme un outil préhistorique ou un fragment de maçonnerie. En droit, avant de déterminer le sens d'une disposition, la perception qu'elle énonce, il nous faut établir qu'il s'agit bien d'une disposition juridique, et qu'elle a bien la signification d'une norme. Si c'est une disposition juridique, il nous faut déterminer à quel niveau elle appartient. Ainsi, avant de déterminer ce que signifie le mot « égalité » dans le texte de la Déclaration ou ce que désigne dans le préambule de 1946 l'expression « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », le Conseil constitutionnel doit établir que ces textes sont juridiquement obligatoires et qu'ils ont une valeur constitutionnelle.

Ainsi, l'interprète est-il en mesure de déterminer sa propre compétence. Le statut du texte, en effet, détermine la compétence de l'autorité qui l'applique. Le pouvoir du juge constitutionnel par exemple est généralement justifié par l'idée que certains textes ont une valeur juridique, qu'ils ne sont pas simplement l'exposé d'une idéologie politique, qu'ils ont une valeur supérieure à celle des lois et qu'il appartient au juge de contrôler la conformité des lois aux normes supérieures contenues dans

ces textes. Si c'est l'interprète qui détermine lui-même le statut du texte, il détermine à la fois les limites de la compétence du législateur et la sienne propre.

Cette idée aurait été rejetée par Kelsen. L'auteur de la théorie pure du droit distingue en effet soigneusement entre la valeur juridique d'un énoncé et son contenu. Il y aurait une différence importante entre l'affirmation qu'un énoncé présente le caractère d'être une norme (parce que, d'un point de vue dynamique, il a été formulé par une autorité compétente conformément à la procédure prévue par une norme supérieure) et une autre affirmation, selon laquelle il possède une signification, autrement dit qu'il prescrit telle ou telle conduite. Par conséquent, l'interprétation ne porterait que sur le contenu de l'énoncé — telle conduite et non telle autre est prescrite ou permise — mais non sur sa valeur ou son statut — tel énoncé a la signification d'une norme juridique de niveau constitutionnel. Il est d'ailleurs très compréhensible que Kelsen soit attaché à cette distinction, parce qu'elle constitue le seul moyen de préserver la thèse qu'un énoncé présente la signification objective d'une norme du point de vue de l'ordre juridique. Si en effet un texte présente le caractère d'une loi parce qu'il est conforme à la constitution, peu importe que la signification de son contenu soit déterminée par un interprète, la théorie de la signification objective confiée par la norme supérieure est préservée pour l'essentiel.

Cependant, cette distinction n'est pas acceptable. On peut sans doute concevoir qu'un interprète se limite à déterminer la signification du contenu et s'interdise de se prononcer explicitement sur son statut, mais il s'agit là d'une distinction purement pratique et l'on ne pourrait s'y fier. On ne peut pas concevoir l'attitude inverse. On rencontre d'ailleurs dans la pratique juridique de nombreux exemples d'interprétations qui portent sur le caractère ou le statut de l'acte : le Conseil constitutionnel décide que le préambule fait partie de la constitution, le Conseil d'État qu'une circulaire est en réalité un acte réglementaire, etc. En réalité, l'interprétation du statut est toujours implicite dans l'interprétation du contenu car on ne peut pas affirmer qu'une loi prescrit de faire *p*, sans présupposer que le texte qui contient cette prescription est bien une loi et non la déclaration de volonté d'un simple particulier.

De l'idée que l'interprétation porte avant sur le statut que sur le contenu de l'énoncé, il découle une conséquence théorique importante relative au fondement de la validité. On peut donner de la validité, pour les besoins de l'argumentation, une définition acceptée par plusieurs théories par ailleurs concurrentes : dire qu'une norme est valide signifie qu'elle appartient à un ordre normatif. Selon la théorie kelsenienne de la hiérarchie des normes, une norme est valide quand elle a été posée conformément à une norme supérieure. Mais si l'on accepte les éléments de la théorie de l'interprétation qu'on vient de schématiser, un énoncé a la signification d'une norme, non pas en raison de sa conformité à une norme supérieure, mais du

fait qu'il a été interprété par une autorité habilitée comme signifiant qu'une certaine conduite doit avoir lieu. C'est donc le processus d'application — et non la conformité à la norme supérieure — qui conduit à identifier un énoncé comme ayant la signification objective d'une norme juridique. Cette idée permet alors d'éviter deux des difficultés auxquelles se heurte la théorie pure du droit.

La première concerne la norme fondamentale. Selon Kelsen, puisque chaque norme trouve le fondement de sa validité dans une norme supérieure, la constitution est le fondement de validité ultime de toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique. Mais, comme il n'y a pas de norme positive au-dessus de la constitution, celle-ci ne peut pas être valide, donc ne peut pas être identifiée comme norme juridique de la même manière que toutes les autres normes. Pourtant, si elle n'était pas identifiée comme norme juridique, elle ne serait pas apte à fonder la validité des normes inférieures. Par conséquent, il faut nécessairement, si l'on entend considérer les normes juridiques comme valides, présupposer que la constitution est valide. Ce présupposé est la norme fondamentale. Kelsen parvient à réfuter la plupart des objections, qui lui ont été présentées en soulignant qu'il ne suppose pas réellement l'existence d'une norme fondamentale, que cette norme n'existe pas, mais qu'elle est seulement une hypothèse logique-transcendantale, que font tous les juristes de façon spontanée et que la Théorie pure du droit révèle à la conscience. Le raisonnement de Kelsen est parfaitement admissible, mais il ne remplit pas entièrement la fonction que la théorie pure lui assigne : il permet de comprendre pourquoi les juristes tiennent les normes pour valides, mais non pas pourquoi elles le sont réellement ou objectivement. La théorie réaliste de l'interprétation permet d'éviter cette difficulté. Si c'est l'interprète qui détermine la norme signifiée par un énoncé, alors à la question : « Pourquoi la norme est-elle valide, pourquoi appartient-elle à l'ordre juridique », il suffit de répondre : Parce qu'elle a été produite au cours du processus d'interprétation. »

La deuxième difficulté est épistémologique et on ne peut la traiter que par allusion. Si la validité est perçue comme un rapport de conformité entre des notions, alors les propositions de droit, par lesquelles la science du droit décrit des normes valides, ne décrivent pas des faits empiriques. Les positivistes se trouvent alors confrontés à une tâche redoutable : construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, bien qu'elle n'ait pas pour objet des phénomènes empiriques. Au contraire, la théorie réaliste permet de traiter le droit comme un ensemble de faits empiriques, puisqu'il s'agit des actes par lesquels les interprètes déterminent la signification des énoncés.

Mais l'interprétation ne porte pas seulement sur les énoncés, mais aussi sur les faits.

Si le sens n'est pas présent dans l'énoncé avant l'interprétation, c'est que l'énoncé n'est pas « naturellement » doté de sens. Ce sens lui est seulement attribué par l'interprétation. Mais, on peut aussi en attribuer à n'importe quel fait qui n'est pas non plus naturellement porteur de sens. C'est d'ailleurs ce qui se produit dans au moins deux cas.

Le premier est celui de la coutume. Selon la définition habituelle, la coutume est une pratique répétée, assortie du sentiment du caractère obligatoire de cette pratique. Elle est donc un fait. Mais, comme un fait ne peut être producteur de droit, il faut d'abord qu'une norme prescrive qu'on se conforme à la coutume, puis qu'une autorité habilitée déclare que telle pratique répétée assortie d'un sentiment d'obligation constitue une coutume et présente, ainsi la signification d'une norme à laquelle il faut se conformer.

L'interprétation porte ici sur la mineure d'un syllogisme (il faut se conformer à la coutume ; or, ceci est une coutume, donc...). La spécificité de cette opération consiste en ce qu'elle transforme un fait en norme.

En réalité, à chaque fois que l'interprétation porte sur la mineure du syllogisme, elle ne transforme pas un fait en droit, mais elle peut se substituer à l'interprétation d'un texte. C'est ce qui se produit avec la qualification juridique. Prenons le cas du fameux arrêt Gomel. Aux termes de la loi, l'administration peut refuser un permis de construire si l'immeuble projeté est de nature à porter atteinte à une perspective monumentale. Pour apprécier si un refus est légal, le juge peut ou bien déterminer la signification de l'expression « perspective monumentale » ou bien rechercher si tel lieu possède ou non le caractère d'une perspective monumentale. S'il emprunte la deuxième voie, il n'aura pas en apparence interprété le texte, mais seulement qualifié le fait. L'opération se présente comme une sous-emption : dès lors qu'il existe une classe, il suffit de rechercher si un objet présente les critères d'appartenance à cette classe pour pouvoir l'y affecter. Mais en réalité, il n'y a un contentieux que parce qu'il n'existe pas de liste des critères d'appartenance à la classe, autrement dit pas de définition. L'affirmation par le juge que tel lieu présente ou ne présente pas le caractère d'une perspective monumentale ne peut évidemment résulter de la seule observation du lieu et constitue bien une définition de la perspective monumentale.

Tout se passe en réalité comme si le juge avait interprété le texte. D'ailleurs, les juristes ne s'y trompent pas lorsque pour donner le sens d'une expression, ils donnent de longues listes des cas où le texte qui la contient a été appliqué.

Le juge a en effet déterminé l'extension du concept. Cette définition ne peut être que volontaire, mais elle offre par rapport à l'interprétation avouée du texte un double avantage. En premier lieu, elle ne se présente pas comme une interprétation. Or, il est quelquefois difficile à un juge d'admettre qu'il interprète, lorsque, comme c'est le cas par exemple du droit français, le droit positif ne l'habilite pas expressément à le faire et encore plus difficile lorsque, comme en France sous la Révolution, le droit lui interdit tout simplement d'interpréter. D'autre part, elle n'a pas à être justifiée par référence à l'une des méthodes d'interprétation canoniques, puisque ces méthodes ne valent que pour les textes. Enfin, la qualification du fait ne vaut en principe que pour le cas concret, si bien que, comme la définition qu'il a fallu employer est restée implicite, le juge ne peut être lié par ses propres formulations.

## LE POUVOIR DE L'INTERPRÈTE

Dès lors que l'interprétation est une opération de la volonté et qu'elle porte aussi bien sur des faits que sur des énoncés, elle doit être comprise comme l'exercice d'un pouvoir considérable. Analyser ce pouvoir, c'est déterminer son fondement, son siège, les normes qu'il permet de produire et les limites dans lesquelles il s'exerce.

### *Le fondement du pouvoir*

Le fondement du pouvoir de l'interprétation réside dans la validité de l'interprétation qu'il produit.

Cette interprétation n'est pas en effet susceptible d'être vraie ou fausse. Cela ne tient pas, comme on l'écrit parfois, au fait qu'il n'existe pas d'interprétation standard à laquelle on pourrait comparer celle qui émane de l'interprète authentique. L'absence d'une interprétation standard pourrait seulement servir d'argument à la thèse qu'on ne peut pas démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation authentique, mais non pas à celle qui concerne le statut logique de l'interprétation authentique. En réalité, on ne peut pas non plus démontrer la vérité ou la fausseté de l'interprétation scientifique. Celle-ci n'en est pas moins logiquement susceptible d'être vraie ou fausse. Mais pour ce qui concerne l'interprétation authentique, si elle ne peut être vraie ou fausse, c'est seulement parce que, quel que soit son contenu,

l'ordre juridique lui confère des effets. Elle est la décision de conférer un sens à un énoncé ou à un fait et une décision ne peut être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide dans un ordre normatif donné.

La validité de la décision interprétative est exclusivement formelle, c'est-à-dire qu'elle ne résulte que de la compétence juridique de l'autorité qui la prend et non pas de son contenu, ni même des méthodes par lesquelles elle est justifiée. Le fait qu'une autorité a eu recours à telle ou telle méthode d'interprétation n'a aucune incidence sur la validité. Cela ne tient pas à la distinction bien connue du *context of justification* et du *context of discovery*, c'est-à-dire au fait que la décision a pu être prise pour des raisons toutes différentes de celles qui sont invoquées pour la justifier. L'ordre juridique en effet attache des conséquences non à la méthode, invoquée ou réellement employée, mais seulement à l'exercice par une autorité habilitée de la compétence qui lui a été conférée. Quelle est alors cette autorité ? Qui doit être considéré comme un interprète authentique ?

#### L'auteur de l'interprétation

Si l'interprétation authentique est seulement celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, celle qui ne peut être contestée et qui par conséquent, dans le cas de l'interprétation d'un texte, s'incorpore à ce texte, alors l'interprète est toute autorité compétente pour donner cette interprétation.

Il s'agit naturellement tout d'abord des juridictions suprêmes. Mais il y a en outre bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques. Celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation incontestable devant une juridiction quelconque. La Constitution française de 1958 en offre quelques exemples : Le président de la République interprète seul les termes de l'article 16 et décide ce que signifient les expressions « menace grave et immédiate » ou « interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». On peut d'ailleurs noter que l'interprétation peut, comme dans le cas de l'arrêt Gomel, porter soit sur le texte, soit sur les circonstances. De même, c'est lui qui décide que dans l'article 13 l'expression : « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres » signifie qu'il a le droit de ne pas les signer<sup>1</sup>. De même encore, c'est le Parlement qui décide ce

<sup>1</sup> Ce pouvoir d'interprétation du président de la République n'a pas été aussi ignoré des acteurs politiques que des juristes. Ainsi, Alain Peyrefitte rapporte cette remarque du ministre de Broglie au conseil des ministres du 19 septembre 1962, à propos de la révision de la constitution par la voie de l'article 11 : « Personne n'a parlé du pouvoir d'interprétation de la constitution par le président de la République. C'est un

qu'est la « haute trahison », dont le président de la République peut se rendre coupable. C'est d'ailleurs ce qu'avait très bien exprimé Gerald Ford, alors leader républicain du Sénat, selon lequel les « high crimes and misdemeanors », qui justifient l'impeachment du président des États-Unis, sont ce que décide le Sénat.

On remarque que l'interprétation authentique donnée par une autorité non juridictionnelle est si bien une décision qu'elle peut être parfois interprétée par une autre autorité comme criminelle. Tel est bien le cas de l'article 16 de la Constitution de 1958 : le président de la République peut bien interpréter telle ou telle circonstance comme justifiant la mise en œuvre des pouvoirs de crise, cette interprétation peut elle-même être interprétée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes.

#### Le produit de l'interprétation

Si l'interprétation est bien une décision, cette décision a pour objet la production de normes appartenant au niveau de l'énoncé interprété. Ainsi selon la formule souvent citée de l'évêque Hoady :

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<sup>1</sup>.

Par conséquent, une cour chargée, comme notre Cour de cassation, de contrôler l'application des lois, donc de les interpréter, doit être considérée comme disposant d'un pouvoir législatif. Il ne s'agit pourtant que d'un pouvoir législatif partiel. La raison n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, que, avant toute interprétation, il faut que le texte ait été adopté par le pouvoir législatif « officiel ». Le pouvoir d'interpréter peut en effet s'exercer sur n'importe quel texte et des normes de niveau législatif peuvent être greffées sur les énoncés les plus divers. Non, si cette cour n'est

pouvoir fondamental et, au moins implicitement, inclus dans la constitution. C'est justement dans les cas où les justes sont divisés entre eux que le président de la République doit user de ce pouvoir. Il a les moyens de le faire en faisant appel au peuple souverain, suivant le droit qui lui en est expressément reconnu. Il constate les discussions entre juristes. Il donne son sentiment, et le peuple tranche. » D'après A. Peyrefitte, de Gaulle ne répond rien (Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Paris, Fayard, 1994, p. 230).

<sup>1</sup> Cité par J. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1927, p. 102. Citation reprise par Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, NY, Russell & Russell, 1945, réédit., 1961, trad. Franç. *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p. 152 de l'édition américaine.

que colégislateur, c'est parce que sa décision peut toujours être surmontée par un nouveau texte. Sans doute ce nouveau texte, à son tour, pourra-t-il être lui aussi interprété, mais dans l'épreuve de force qui s'instaure, la cour n'est pas certaine d'avoir le dernier mot.

De la même manière, une cour constitutionnelle est, elle, coconstituante. Elle aussi peut interpréter librement la constitution et son interprétation peut se greffer sur les énoncés constitutionnels les plus divers ou même se produire en l'absence d'énoncé, comme elle le fait parfois lorsqu'elle proclame des principes non écrits. Mais, elle aussi peut voir ses décisions surmontées par un nouveau texte constitutionnel, produit par le pouvoir constituant. Ce n'est que dans le cas où la cour parviendrait à se doter du pouvoir de contrôler largement la validité des lois de révision constitutionnelle, qu'elle devrait être considérée non comme coconstituante, mais comme pouvoir constituant tout court.

Mais l'interprétation authentique est surtout une source de pouvoirs formidables si elle permet à une autorité d'étendre sa compétence. C'est le cas lorsque cette compétence résulte de textes qu'elle interprète elle-même. La Cour suprême des États-Unis a ainsi interprété en 1803 la Constitution américaine de telle manière que ce texte lui confère le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel français a procédé de la même manière en France en 1971.

À ce point, la théorie réaliste de l'interprétation se voit fréquemment opposer un raisonnement par l'absurde : elle aboutirait à renverser complètement la hiérarchie des normes ; la constitution en effet ne serait une norme que par l'interprétation du législateur, la loi par celle des tribunaux et ainsi de suite jusqu'à l'exécution matérielle, si bien que l'autorité suprême serait le policier<sup>1</sup>.

L'objection peut néanmoins être facilement écartée. La hiérarchie de l'ordre juridique n'est nullement une hiérarchie d'énoncés ou de textes. Entre deux textes, il ne peut exister de rapport hiérarchique, mais seulement entre les contenus ou significations de ces textes. Mais si quelque un détermine simultanément la signification du texte de la constitution et celle du texte de la loi, c'est-à-dire s'il détermine les deux normes, il établit du même coup l'existence d'une hiérarchie entre eux, qui est non pas inverse, mais identique à la hiérarchie telle qu'on la présente habituellement. La norme législative, telle qu'elle est déterminée par le processus de l'interprétation, trouve le fondement de sa validité ou, si l'on préfère, est présentée comme obligatoire, en raison de sa conformité avec la norme législative, telle qu'elle est elle-même

<sup>1</sup> Demys de Béchillon, L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation, réflexions critiques, in *Revue de la Recherche juridique*, 1994-1, p. 247. Et la réplique de Michel Tropier, même revue, p. 267.

déterminée par l'interprétation. Autrement dit, de ce que la validité provient du processus de production de normes inférieures, il résulte non que la hiérarchie est inversée, mais seulement qu'elle doit être considérée comme interne au discours de l'interprète.

Quant à l'idée que c'est le policier qui interpréterait la décision du tribunal, elle n'est pas fautive, mais on ne peut s'en tenir là et oublier que cette interprétation n'est nullement authentique. Elle est susceptible d'être contestée et anéantie par celle d'un autre tribunal. En d'autres termes, selon la théorie réaliste, la hiérarchie des normes reflète celle des pouvoirs.

#### *La liberté de l'interprète*

On oppose alors à la théorie réaliste une autre objection selon laquelle l'interprète, notamment lorsqu'il s'agit d'un juge, est soumis à des contraintes multiples, de sorte qu'on ne saurait dire qu'il est libre et qu'il exprime sa volonté<sup>1</sup>. Cet argument repose en réalité sur une confusion entre libre arbitre et liberté au sens juridique.

Au sens juridique, la liberté n'est pas autre chose que le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire le droit d'un sujet ou d'un organe d'adopter la conduite qu'il veut ou de donner le contenu de son choix aux normes qu'il a le pouvoir d'énoncer. Cette liberté est naturellement différente du libre-arbitre et nul ne songerait à défendre la thèse philosophique que, dans une monarchie absolue, le roi, parce qu'il a le pouvoir de tout faire, échappe à tout déterminisme.

Il existe évidemment des contraintes multiples qui déterminent le comportement des organes<sup>2</sup>. Non seulement la théorie réaliste ne le conteste pas, mais elle permet même de les mettre en évidence bien mieux que la thèse opposée, selon laquelle l'interprétation serait un acte de connaissance. Si l'on admet en effet qu'il existe un sens caché, que l'interprétation aurait pour tâche de révéler, alors la portée d'une théorie déterministe est très limitée. Elle peut seulement expliquer quelles sont les causes notamment psychologiques ou politiques, qui ont empêché l'interprète de découvrir ce sens ou l'ont conduit à le nier. Mais dès lors qu'il s'agit de comprendre le contenu de l'interprétation, la théorie de l'interprétation-connaissance ne peut que rechercher si l'interprète s'est bien conformé aux obligations que lui prescrivaient les

<sup>1</sup> Cette objection est notamment formulée par Demys de Béchillon, dans l'article précité et par le doyen Vedel dans l'exposé résumé au chapitre suivant.

<sup>2</sup> Cf. Le chapitre suivant.

directives d'interprétation. Au contraire, la théorie réaliste, qui admet que l'interprète dispose d'une grande liberté juridique, peut rechercher les facteurs qui déterminent l'usage qu'il fera de cette liberté pour donner au texte telle signification plutôt que telle autre.

Elle conduit d'ailleurs à distinguer parmi ces facteurs ceux qui sont d'ordre psychologique, sociologique ou politique et ceux qui sont proprement juridiques. Ces derniers sont ceux qui proviennent du système juridique lui-même. Ils ne se confondent nullement avec l'obligation.

Par système juridique, on entend ici à la fois l'ensemble des organes dotés de compétences normatives et des concepts employés dans le raisonnement juridique. Dans le choix d'une décision, en particulier d'une décision interprétative, une autorité tient compte des décisions que pourraient prendre les autres organes du système, si son raisonnement s'inscrit dans un ensemble de concepts qu'elle a déjà elle-même employés ou qui sont employés par d'autres. On peut dire alors que sa décision a obéi à des contraintes spécifiquement juridiques et qui ne sont explicables que si l'on accepte de les distinguer des obligations.

La théorie réaliste permet ainsi de concevoir la science du droit comme une science causale, sans la confondre pour autant avec une sociologie ou une psychologie juridique.

La reconnaissance par la théorie du droit d'un pouvoir discrétionnaire des juges pose à la théorie politique un problème redoutable, celui de la légitimité de ce pouvoir dans un système démocratique. C'est cet enjeu qui explique l'ampleur du débat sur l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire. Quoique le pouvoir des juges n'est pas seulement à son pouvoir d'interprétation, car il peut aussi résulter de la faculté de choisir le texte de référence, d'apprécier les faits ou encore de déterminer le montant de la réparation ou le quantum d'une peine, c'est surtout sur l'existence de ce pouvoir d'interprétation que porte la discussion. C'est particulièrement dans le cas du contrôle de constitutionnalité des lois, puisque les cours n'ont qu'à rarement à examiner des questions de fait ou à déterminer le montant d'une réparation.

La question de la liberté des juges fait ainsi l'objet de la réduction suivante : le juge est-il libre d'interpréter les textes qu'il est chargé d'appliquer ? Il est devenu classique de traiter la question ainsi réduite en reprenant une opposition formulée par Kelsen de manière particulièrement éclairante entre deux groupes de théories<sup>1</sup>. Les unes admettent que tout texte possède une signification unique, « véritable » et qui appartient au juge de la découvrir par des méthodes appropriées. L'interprétation serait ainsi une fonction de la connaissance et le produit de cette opération serait su-

\* Cet article reprend le texte d'un exposé prononcé au Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris II, au cours d'un débat avec le doyen Vedel le 27 avril 1993. Je tiens à exprimer ma reconnaissance au doyen Vedel, qui avait eu la générosité de me communiquer ses notes, qu'il n'a malheureusement pas eu le loisir de publier, pour me permettre de préparer mon propre exposé.

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. franç. de la 2<sup>e</sup> éd. all. par Ch. Eisenmann, 1961, p. 453 et s. ; cf. M. Troper, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique, in *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, p. 518 et s.