

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFDC&ID_NUMPUBLIE=RFDC_052&ID_ARTICLE=RFDC_052_0789

Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation

par OTTO PFERSMANN

| Presses Universitaires de France | Revue Française de Droit Constitutionnel

2002/4 - n° 52

ISSN 1151-2385 | ISBN 2-1305-3612-3 | pages 789 à 836

Pour citer cet article :

— PFERSMANN O., Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation, Revue Française de Droit Constitutionnel 2002/4, n° 52, p. 789-836.

Distribution électronique Cairn pour les Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

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

*Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation**

OTTO PFERSMANN

Est-il possible d'analyser scientifiquement les normes composant un système juridique et plus particulièrement les normes de droit constitutionnel? Cette question, posée et débattue par les partisans d'une analyse du droit qui suivrait les principes du travail scientifique moderne : rationalité, objectivité, neutralité, testabilité d'hypothèses selon une méthodologie à la fois rigoureuse

* La *Revue* republie l'étude d'Otto Pfersmann parue au numéro 50, une partie des appels de note ayant disparu.

Otto Pfersmann, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, professeur invité à l'Université d'Oxford. La présente étude prolonge les réflexions sur les concepts et méthodes de la théorie du droit et plus particulièrement la théorie constitutionnelle française dont les principales étapes ont porté sur : 1) le concept de « validité » : « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27 (1995), p. 69-113; 2) la détermination temporelle des normes : « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques » in *Revue de la recherche juridique*, Bd. XIX (1994), p. 221-243; 3) la question de la hiérarchie des normes : « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in cette *Revue*, n° 31 (1997), p. 481-509; 4) l'argumentation juridique : « Ontologie des normes juridiques et argumentation », in Otto Pfersmann et Gérard Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, p. 11-34; 5) concept et théorie de l'« État de droit » : « Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'État de droit" », in Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 53-78; 6) la fonction juridictionnelle : « Le concept de "gouvernement des juges" » (en réponse à Michel Troper), in Séverine Brondel, Nobert Foulquier, Luc Heuchling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001, p. 37-52; 7) le droit comparé : « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Revue internationale de Droit comparé*, 2001, p. 275-288.

Des versions antérieures de ce travail ont été présentées lors d'un colloque consacré à l'œuvre de Michel Troper à Naples, Université Federigo II, réuni par le professeur Francesco di Donato et lors du séminaire de philosophie du droit organisé à Bressanone/Brixen par l'Université de Padoue. Je voudrais exprimer mes vifs remerciements aux organisateurs pour ces initiatives comme aux participants de ces rencontres pour les remarques critiques dont ils ont fait bénéficier ce propos (notamment Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Tecla Mazzaresse, Michel Troper). Il va de soi que les erreurs et les imperfections de ce travail relèvent de la seule responsabilité de l'auteur.

Je tiens également à présenter mes remerciements à Mlle Séverine Brondel et à M. Régis Ponsard pour leur précieuse relecture du manuscrit.

et ouverte à révision, semble provoquer aujourd'hui parmi de nombreux théoriciens comme de juristes de langue française une réponse radicalement négative. Et cette position n'est pas tellement soutenue par les adeptes du droit naturel ou de ses variantes contemporaines qui la tiennent sans doute pour acquise, mais, paradoxalement, par une école qui s'inscrit résolument dans le mouvement scientifique empiriste. Pour la « théorie réaliste de l'interprétation » (*TRI*) les énoncés relatifs à la « constitution », aux « lois », aux « règlements » ou autres catégories de normes générales et abstraites ne peuvent jamais acquérir la moindre valeur scientifique, ils peuvent tout au plus constituer à leur tour l'objet d'une science de la *dogmatique juridique* en tant que discours idéologique, alors que la science du droit ne porte en premier lieu que sur des décisions tranchant définitivement une question pour un cas donné. C'est cette position sceptique qu'il s'agit de comprendre, de discuter et de soumettre à une critique immanente. Elle naît d'une problématique commune à tous les systèmes juridiques, elle s'attaque aux principales questions de la théorie du droit, elle propose des solutions radicales et raffinées, elle s'appuie sur des prémisses contradictoires ou ne permettant pas de déduire les résultats voulus. C'est ce qu'il s'agira de montrer.

Dans tous les ordres juridiques quelque peu évolués on rencontre deux phénomènes qu'une théorie du droit devra expliquer : l'on trouve des textes énonçant des règles générales et abstraites¹ et des décisions, rendues par des organes juridictionnels, concernant des cas concrets². Très souvent, il est difficile d'établir un quelconque rapport entre la règle et le cas qui prétend en constituer une « application ». Ce que l'on sait, c'est que, dans ces systèmes, les décisions des juridictions de dernière instance ou de compétence exclusive s'imposent pour le cas de l'espèce, mais parfois il semble que ces jugements exercent une puissance normative qui dépasse de loin l'affaire concrète qu'ils étaient censés résoudre. Ils deviennent alors, eux aussi, des normes générales et abstraites alors qu'ils sont rendus « en application » d'autres normes générales et abstraites³. Or s'il n'est

1. Selon la terminologie adoptée ici, les expressions « règle » et « norme » sont utilisées de manière synonyme et qualifient des obligations, permissions ou interdictions données dans un ordre juridique. On réserve d'ordinaire l'usage de « règle » pour des normes s'adressant à un ensemble de destinataires caractérisés de manière générale, une telle spécification peut paraître utile mais ne saurait évidemment priver les normes ne s'adressant pas à un tel ensemble de destinataires de leur qualité de norme. Les « principes » ne sont au mieux qu'une espèce de normes à plus forte généralité et plus forte indétermination, éventuellement dotées d'une fonction structurante et d'un statut hiérarchiquement supérieur. Il ne s'agit pas de quelque chose qui serait en dehors des règles ou qui puisse lui être opposé. Les principes en tant qu'éventuelle espèce de normes sont évidemment à distinguer des principes constitutifs de la *TRI* (« Théorie réaliste de l'interprétation ») dont il sera question plus loin.

2. Une décision est concrète au sens où l'organe juridictionnel tranche une question (ou un ensemble de questions) qui lui est explicitement posé, quel que soit le degré d'abstraction et de généralité de la question elle-même.

3. Il existe évidemment des systèmes qui attribuent explicitement une compétence normative générale à des organes juridictionnels. Le problème qui nous intéresse peut toutefois apparaître (et il apparaît en effet) indépendamment de cette donnée, dès lors qu'il existe, dans un ordre juridique, d'autres organes de production normative que des juridictions. Quelle que soit la vigueur de la règle du précédent dans un système de *common law*, la délimitation entre ce qui est *ultra* et ce qui est *infra vires* demeure un problème fondamental et

plus possible d'établir que l'application se situe dans un rapport de subordination par rapport à ce qu'elle est censée appliquer, l'on est confronté à un dilemme. Ou bien les normes générales et abstraites ne sont pas des normes en un sens juridiquement intéressant, mais tout au plus des indications ou des outils que l'on utilise ensuite à sa propre manière, ou bien les décisions juridictionnelles sont des actes sinon ouvertement révolutionnaires du moins explicitement en contradiction avec les règles qui en délimitent le cadre, donc des actes entachés de très graves défauts et qui pourtant façonnent l'évolution des systèmes. L'on propose alors en général trois types de solutions, les unes sont politiques ou « pratiques », les autres sont théoriques tout en partant dans deux sens tout à fait opposés.

Les solutions « pratiques » reposent, d'une part, sur l'idée qu'il convient de s'en tenir au constat que les juridictions font ce que ceux qui posent les règles générales auraient oublié ou n'auraient pas pu prévoir ou n'auraient pas eu le courage d'envisager et, d'autre part, sur la conviction morale que c'est là une très bonne chose, plus encore, qu'il ne peut pas en être autrement parce que le droit est « proche de la vie », fait « par les hommes et pour les hommes » et qu'il « répond à l'évolution des sociétés ». Cette explication est évidemment difficilement acceptable puisqu'elle repose sur la double confusion entre droit et morale et droit et factualité. Elle n'explique absolument rien, car on ne comprend pas du tout, dès lors, quelle serait la fonction des normes générales, et, si elles n'en ont pas, pourquoi on ne se contente pas uniquement d'instituer des organes juridictionnels plutôt que d'employer des énergies inconsidérées à vouloir leur imposer un cadre délimité d'action légitime. On comprend mal, aussi, comment une telle conception pourrait s'intégrer dans une acceptation de la démocratie en tant que système juridique – qui comprend au moins comme l'un de ses éléments la production de normes générales par des représentants ou par les citoyens – et de l'État de droit – qui suppose que l'application des règles de droit se fasse telle que ces règles le prévoient et non de façon parfaitement imprévisible – alors qu'elle se réclame en général de ces principes. Enfin, le militantisme de ceux qui applaudissent à ce que l'on qualifie par euphémisme d'« activisme » juridictionnel trouve son sort lié à celui de la jurisprudence qu'il acclame comme à la déception de la voir changer en un sens contraire sans pouvoir toutefois la critiquer sans incohérence. Cet enthousiasme est, par ailleurs, confronté à l'opposition de tous ceux qui invoqueront, pour des raisons au moins formellement équivalentes, des principes contraires et qui proclameront que ces décisions ne font que promouvoir l'« injustice ».

non résolu. Les protagonistes d'une conception classique affirment la suprématie du Parlement (au Royaume-Uni) ou celle de la Constitution (aux États-Unis) et considèrent comme hors-pouvoir et donc en dernière conséquence comme non valides les décisions juridictionnelles qui ne respecteraient pas ce principe ; les partisans de la position adverse considèrent que cette théorie ne rend pas compte de la réalité qui aurait toujours connu une compétence au moins concurrente entre le législateur parlementaire et le législateur juridictionnel. Les deux hypothèses rencontrent des difficultés symétriques : soit on ne comprend pas ce qui se passe lorsqu'un acte est effectivement *ultra vires* mais demeure bel et bien intégré dans le système juridique, soit l'attribution des compétences devient strictement indécidable, le législateur parlementaire peut à tout moment dessaisir le législateur juridictionnel qui peut sanctionner le législateur parlementaire etc. Cf. pour la controverse entre les deux écoles John Forsyth (éd.), *Judicial Review and the Constitution*, Hart Publishers London, 2000.

Les solutions théoriques reposent sur la tentative d'une explication strictement intra-juridique, mais elles empruntent deux voies entièrement opposées. Les unes formulent une réponse « réaliste », les autres une réponse « normativiste ». Les unes nient le caractère juridique des normes générales posées en tant que telles, qui n'en auraient par conséquent que le nom, et ne voient de normes que dans le droit jurisprudentiel, les autres considèrent que ces décisions constituent bien des phénomènes juridiquement dépendants et qu'il convient par conséquent de délimiter strictement les paramètres de cette dépendance selon les données spécifiques à chaque système. Pour ceux qui admettent ce dernier type d'explication, la question initiale ne constitue qu'une variante du problème plus général des « normes fautives » (comment expliquer les écarts entre les conditions de production et les normes effectivement produites?) qui apparaît dès lors qu'il existe plusieurs formes normatives dans un ordre juridique (et il est difficilement concevable qu'un tel ordre ne connaisse qu'une seule forme ou catégorie) et que l'une d'elles énonce les conditions de production de l'autre.

Chaque position a des avantages et des inconvénients. Le réalisme a le mérite de s'attacher à l'analyse des actes qui règlent définitivement des conflits, mais il rend incompréhensible et inanalysable leur justification intra-juridique⁴, le normativisme la rend intelligible, mais au prix de faire apparaître au moins certaines solutions adoptées comme à la fois valides et fautives.

L'explication de l'évolution des ordres juridiques à travers leur concrétisation et leur histoire interne demeure la tâche prioritaire et le défi de la théorie du droit. Dans le paysage théorique français contemporain, la famille de pensée la plus représentée est celle qui se qualifie elle-même de *théorie réaliste de l'interprétation (TRI)*^{5, 6, 7}. Synthèse originale d'une lecture empiriste de la tradition

4. Cela ne vaut évidemment que pour autant que l'on se situe dans un cadre strictement réaliste. La théorie des contraintes argumentatives cherche certes à montrer que ces justifications résultent de contraintes stratégiques dont elle entend élucider le fonctionnement, mais elle maintient que ces justifications ne sont que des données externes, relatives au but politique poursuivi par les acteurs.

5. La *TRI* se dit une théorie « réaliste ». Une théorie réaliste affirme l'existence de certaines catégories d'objets, l'indépendance de ces objets et des éventuelles relations entre eux par rapport à toute connaissance humaine et éventuellement que certains de ces objets peuvent être connus, au moins jusqu'à un certain degré à partir de méthodes appropriées. La *TRI* est une théorie explicite anti-réaliste concernant le domaine d'objet « droit », et une théorie réaliste implicite et inexplicitée concernant l'objet « interprétation » et le domaine dont elle ferait partie, la « réalité empirique ». La terminologie qu'elle utilise est certes largement répandue parmi les théoriciens du droit qui font de cette expression un usage plus proche de la littérature et des arts plastiques que de la tradition philosophique, même récente. La *TRI* propose de faire apparaître certaines données comme les seules pertinentes et toutes les autres comme relevant d'autres opérations cognitives ou volitives, sans rapport direct avec le seul objet qu'il s'agit d'analyser. De ce point de vue, il s'agit d'une conception fondamentalement *anti-réaliste*, puisqu'elle nie justement l'existence d'objets *juridiques* spécifiques. De tels objets n'auraient aucun support ontologique et ne peuvent par conséquent faire l'objet d'une quelconque connaissance. D'un autre côté, la *TRI* s'appuie, au moins implicitement, sur la thèse ontologique de l'existence indépendante d'objets susceptibles d'entrer dans l'orbite de l'expérience (les « interprétations ») et même sur la thèse épistémologique que ces objets peuvent être connus, et même scientifiquement connus. En ce sens, il s'agit d'une théorie *réaliste*, mais ce réalisme empiriste est simplement admis sans être ni discuté en tant que tel ni situé dans le contexte du débat contemporain sur le réalisme. Ce réalisme empiriste non théorisé sert de support à un anti-réalisme normatif, lui-même induit à partir d'un anti-réalisme sémantique aux contours parfois indéterminés. Il

kelsénienne et de différentes traditions du « réalisme » juridique, elle affirme l'inexistence du droit comme objet normatif et par conséquent l'impossibilité de toute doctrine juridique. En d'autres termes, selon l'une des conceptions les plus développées et les plus influentes parmi les *juristes* publicistes français, il n'existe aucune activité scientifique spécifiquement juridique ni *a fortiori* de domaine disciplinaire. Il existe éventuellement un objet disciplinaire, mais il portera sur un tout autre objet : un objet de premier ordre, les décisions ou interprétations authentiques et un objet de deuxième ordre, la dogmatique.

serait en ce sens plus exact de parler d'« anti-réalisme juridique », l'appellation « TRI » ne sera par conséquent maintenue que par commodité et sous les réserves indiquées.

Si la TRI soutient clairement une conception sceptique concernant la possibilité de l'interprétation juridique doctrinale en tant qu'exercice scientifique, il est moins clair dans quelle mesure elle admet ou refuse l'existence de normes générales et la possibilité de les connaître. En ce sens par ex. TJE, p. 89 : « ... il faut affirmer qu'elle [l'interprétation authentique] est productrice non de normes individuelles, mais de normes générales », mais l'indétermination des énoncés formulant des normes générales semble suggérer le contraire. Ce scepticisme concernant les règles peut être rapproché de la position attribuée par Kripke à Wittgenstein, in Saul A. Kripke, *Wittgenstein. On Rules and Private Language [Wittgenstein. Des Règles et du Langage Privé]*, Oxford University Press, 1982. Pour une discussion récente du débat provoqué par cet ouvrage, Gary Ebbs, *Rule Following and Realism*, Harvard University Press, 1997.

6. La TRI présente un très important aspect institutionnel qui ne sera évidemment pas étudié en tant que tel ici, mais que son impact interdit de passer sous silence. Liée aux travaux du Centre de théorie du Droit, aujourd'hui associé au CNRS, de l'Université de Paris X-Nanterre, elle est étayée par un DEA de théorie du droit permettant l'encadrement de jeunes chercheurs. Un nombre important de thèses y ont été soutenues, des séminaires et des colloques y sont régulièrement organisés. Un nombre toujours grandissant de thèses, d'articles, de contributions à divers colloques s'inscrit de manière plus ou moins explicite, plus ou moins marquée, dans cette mouvance. De ce point de vue, la TRI paraît à l'heure présente être la seule conception théorique institutionnellement organisée en état de lier quatre avantages : 1) attirant dans son sillage méthodologique un nombre croissant de travaux et de personnes, elle constitue une véritable école, 2) elle exerce un réel attrait pour des chercheurs juristes qui s'intéressent à des questions théoriques et qui trouvent ici un cadre de réflexion à très forte teneur critique et aux lignes directrices vigoureusement opposées aux doctrines traditionnelles, 3) beaucoup de travaux font apparaître une articulation entre des questions de droit positif et le fondement théorique qui en guide l'analyse, 4) elle fait apparaître, par son orientation empirique, une forte articulation entre les phénomènes juridiques et politiques.

7. La TRI constitue tout d'abord l'œuvre de Michel Troper, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre. Il en a développé les fondements à partir de sa thèse de doctorat (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980), l'a ensuite appliquée et adaptée à un grand nombre de problématiques du droit public contemporain. Ce propos prendra par conséquent pour objet principal la TRI dans la forme que lui a donnée cet auteur, dans les ouvrages qui regroupent ses principaux articles : *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF (collection Léviathan), 1994 (« TJE »); *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF (collection Léviathan), 2001 (« TDDE »). Il ne sera en revanche pas fait allusion aux variantes introduites par ses élèves ou d'autres représentants de cette théorie qui l'auraient rejointe par des voies différentes (cf. notamment : les travaux d'Olivier Cayla, *La notion de « signification » en droit*, thèse, Paris II, 1992; « Droit », in Monique Canto-Sperber (sld.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, p. 439-446; « Le coup d'État de droit? », in *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108 sq.); « Jeux de nains, jeux de vilains », in Gilles Lebreton (sld.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, p. 150-164; « L'inexprimable nature de l'agent public », in *Enquête* 7 (1998), p. 75-96; « La chose et son contraire (et son contraire etc.) », in *Les études philosophiques*, 1999, p. 291-310; « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in Conseil constitutionnel (sld.), *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, LGDJ, 1999, p. 106-141).

La TRI présente une forte affinité avec l'école réaliste de Gênes dont elle se démarque pourtant par la radicalité de son scepticisme normatif. La bibliographie de cette école est d'une extrême richesse. L'un des écrits fondateurs semble avoir été « La semantica del neus-

La *TRI* partage avec d'autres conceptions l'objectif de donner du système juridique une vision radicalement différente de celle que véhicule la doctrine traditionnelle, en particulier les diverses formes de retour du jusnaturalisme progressiste ou conservateur. Sa grande originalité consiste en ce qu'elle s'oppose tout aussi vigoureusement à la *Théorie pure du droit (TPD)* (dont un grand nombre de publicistes ont, au moins pendant une certaine époque, admis certains éléments comme fondements de leur conception implicite) tout en affirmant conserver l'essentiel de son héritage critique. Elle se démarque également des théories « réalistes » scandinaves⁸ ou américaines. Par certains aspects, elle rejoint les préoccupations de la philosophie analytique en tant qu'elle fait porter son effort sur les seules données pertinentes que sont pour elle les « interprétations », c'est-à-dire, selon cette conception, des actes de détermination de signification. D'un point de vue thématique, les recherches menées en son nom se sont attaquées à certains des problèmes les plus actuels et les plus ardues de l'évolution des démocraties constitutionnelles contemporaines et en particulier à l'importance croissante de la justice constitutionnelle, des « droits de l'homme » et des phénomènes d'intégration supranationale.

La *TRI* présente d'importants mérites. Elle constitue, tout d'abord, une remise en question de toute forme d'idéalisme juridique en tant qu'elle oppose un test empirique à toute affirmation doctrinale : « Quelles sont les données observables qui étayaient cette affirmation ? Quel est l'acte ultime qui tranche effectivement une question en suspens ? ». C'est ensuite une théorie qui a utilisé de la manière la plus offensive l'analyse du langage contre le dogmatisme doctrinal. La *TRI* est, en outre, l'une des critiques internes les plus vigoureuses

tico. Osservazioni sulla "parte descrittiva" degli enunciati precettivi », in du même auteur, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna il Molino, 1974 ; cf. aussi, par exemple, Paolo Comanducci, « Principi giuridici e indeterminazione del diritto », in P. Comanducci, R. Guastini (éds.), *Analisi e diritto*, 1997, Torino Giapichelli, 1997, p. 55-68 ; du même auteur, « Legal Interpretation ; A Tentative Report », in W. Krawietz, R. Summres, O. Weinberger, G. H. von Wright (éds.), *The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification*, Festschrift for Aulis Aarnio, Duncker und Humblot, Berlin, 2000, p. 463-481 ; Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milan Giuffrè, 1993 ; du même auteur, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milan, Giuffrè, 1998 ; du même auteur, « Interpretive Statements », in E. Garzon Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Festschrift for Carlos Alchourón and Eugenio Bulygin, Duncker und Humblot, Berlin, 1997, p. 279-292 ; pour une variante radicalement sceptique, cf. Tecla Mazzarese, « "Norm proposition". A Tentative Defense of a Sceptical View », in R. Egidi (éd.), *In Search of a New Humanism*, Kluwer, 1999, p. 193-204 ; pour une analyse du scepticisme génois : Pierluigi Chiassoni, « L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese" », in *Analisi e diritto*, 1998, p. 21-76.

8. En particulier Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, 1946 ; *On Law and Justice*, Stevens and Sons London, 1958 (reprint, 1974) ; *Directives and Norms*, Stevens and Sons London, 1968. L'œuvre de Ross a fait l'objet de nombreux travaux dont notamment une critique approfondie de *On Law and Justice* par Hans Kelsen : « Eine "Realistische" und die Reine Rechtslehre », in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1959 (X), p. 1-25 [maintenant accessible en français (trad. Georg Sommeregger, Eric Millard) in *Dossiers. Théories réalistes du droit* (textes réunis par Olivier Jouanjan), Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 15-42], ainsi que la critique de H. L. A. Hart, « Scandinavian Realism », in *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 233-240 (accessible en français in Jouanjan, *op. cit.*, p. 43-50 ; cf. également le propos introductif d'Eric Millard, *op. cit.*, p. 9-14). Cf. pour des discussions récentes : Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995 ; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997 ; Michael Martin, *Legal Realism : American and Scandinavian*, Lang, New York, 1997.

de la *TPD* dont elle cherche à dénoncer les faiblesses argumentatives en lui opposant des conclusions résultant d'une reconstruction immanente. Par là, elle contribue paradoxalement à une réflexion très productive sur l'héritage kelsénien en France et d'une manière plus générale au débat autour de l'épistémologie analytique du droit.

Si la *TRI* fonctionne, elle entraîne à l'évidence de très importantes conséquences puisqu'elle repose principalement sur une critique de certaines thèses constitutives de la *TPD*. Une science du droit, au sens où celle-ci avait cherché à la développer, serait impossible et relèverait de l'idéologie, au sens où la *TPD* avait elle-même dénoncé celle-ci comme la tentative de faire passer une conception politique ou morale subjective pour une description impartiale d'une réalité objective. Or, comme la *TRI* s'entend comme un dépassement critique de la *TPD* en tant que celle-ci critique la doctrine traditionnelle, elle ne peut pas non plus réhabiliter cette doctrine traditionnelle. Cependant, la *TRI* se présente bien comme une théorie du « droit ». Elle doit par conséquent proposer une conception explicative alternative, c'est-à-dire donner une réponse convaincante à la question de savoir d'une part de quoi il s'agit lorsque l'on traite de l'objet « droit » et d'autre part comment il est possible de résoudre des problèmes de connaissance relatifs à cet objet ou du moins comment il convient de développer d'autres théories qui permettraient de le faire.

Plusieurs précautions s'imposent. Il ne sera guère traité de toutes les variantes de réalisme dit de l'interprétation⁹, mais uniquement de la *TRI* au sens où elle est apparue et se trouve diffusée en France et telle qu'elle y est exposée et soutenue par son principal représentant. Il ne sera en revanche pas tenu compte, en tant que telles, de deux autres théories qui constituent des prolongements de la *TRI* : la « théorie des contraintes argumentatives » (*TCA*)¹⁰ et la « théorie juridique de l'État » (*TJE*). Celle-ci concerne la relation entre le système de principes et de concepts « qui forme ce qu'on appelle habituellement la théorie générale de l'État »¹¹ d'une part et la structure générale du système juridique d'autre part¹², celle-là analyse en tant que « contrainte spécifiquement juridique [ce qui se passe] lorsque, pour atteindre un certain but, il n'existe qu'un moyen ou tout au moins lorsqu'un moyen apparaît comme le meilleur et qu'il est lié à la forme de l'argumentation juridique. Il se peut, bien entendu, que l'agent ne perçoive pas cette contrainte et n'emploie pas ce moyen, mais dans ce cas, il manque son but »¹³. Ces conceptions paraissent

9. En dehors des écoles scandinaves, américaines et italiennes déjà mentionnées, il en existe un très grand nombre de variantes, parfois proches de la *TRI*, cf. par exemple, Lawrence M. Friedman, « On the Interpretation of Laws », *Ratio Juris*, 1988, p. 252-262; Urszula Mos, « Sawa Frydman : A Polish Legal Realist », in *Ratio Juris*, 1991, p. 72-78.

10. Il convient de distinguer la *TCA* qui a pour objet la manière dont se produisent des limitations de choix disponibles lorsqu'un interprète authentique utilise la forme de l'« argumentation juridique » des contraintes qui résultent du fait que tout interprète authentique est intégré dans un réseau de contraintes factuelles de pouvoir, dont il est par question, in *TJE*, p. 314.

11. *TJE*, 20.

12. *TJE*, 22.

13. Michel Troper, « Les contraintes argumentatives », manuscrit, à paraître dans les Actes du Colloque international consacré aux contraintes juridiques à Paris, octobre 2000. Cf. pour une discussion de cette conception et des rapports qu'elle entretient avec la *TRI*, Otto Pfersmann, « Critique de la théorie des contraintes juridiques », à paraître dans le même volume.

certaines fort étroitement liées¹⁴. Elles portent sur l'émergence et la fonction de concepts ainsi que sur les arguments utilisés en vue de la justification de certaines affirmations dans le discours qui se qualifie de « juridique » ou en vue de la justification de normes juridiques ou morales. Peut-être la *TJE* n'est-elle par ailleurs qu'une application de la théorie des contraintes argumentatives, mais cette question ne nous occupera pas ici. Toutes les deux supposent, en effet, la *TRI* en tant que théorie réaliste du « droit », c'est-à-dire de l'objet dans lequel apparaissent certains concepts ou certaines contraintes argumentatives, ou de l'objet auquel se réfèrent les discours que ces théories analysent.

Le choix du corpus est opéré en vue de faire apparaître le plus clairement possible le projet explicatif de la théorie. Cette limitation comporte inévitablement le risque de l'arbitraire par l'exclusion de tel argument ou de tel élément qui viendrait compléter la conception d'ensemble. Mais l'intérêt d'une telle discussion consiste précisément en ce qu'elle permet de rendre explicites, discutables et révisables les prémisses, les méthodes et les résultats proposés.

La reconstruction de la théorie devra permettre de la soumettre à une critique immanente^{15, 16}. Il ne suffit pas d'avancer que, si l'on accepte ses conclusions, elle rend impossible le développement de toute science du droit à la seule exception d'une variante de la sociologie politique. Car l'objectif de la *TRI* consiste précisément à montrer que toute autre tentative relèverait simplement de l'idéologie. C'est elle-même qui revendique qu'elle ne vise sous aucune hypothèse une conception du « droit », objet normatif, mais une sociologie de l'obéissance. Mettre en exergue son réductionnisme ne saurait ainsi l'affecter. Mais, à partir de ses propres prémisses, l'on pourra soutenir que sa construction souffre de multiples incohérences et qu'elle aboutit à l'impossibilité du champ d'étude qu'elle s'est elle-même destinée.

En dehors de quelques brèves remarques, l'on s'abstiendra également d'une insertion compréhensive de la problématique développée ici dans l'ensemble de

14. Cf. TDDE, p. IX.

15. Il est surprenant de voir que la *TRI* a fait l'objet d'assez peu de travaux critiques. L'on notera surtout : Riccardo Guastini, « Michel Troper e l'interpretazione della costituzione », in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. 2, G. Giappichelli, Torino, 1989, p. 249-265 (note la limitation de la *TRI* au seul domaine des décisions juridictionnelles) ; Charles Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in Gui Haarscher (sld.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 215-235 (critique une limitation artificielle du réalisme aux systèmes de *case law* établi par des juridictions) ; Denys 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, p. 246 sq. (la réplique de Michel Troper : même revue, p. 267 sq.). Gérard Timsit, « Contre la nouvelle vulgate », in *Le nouveau constitutionnalisme*, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, textes rassemblés par Jean-Claude Colliard et Yves Jegouzo, Economica, 2001, p. 31-48. Il convient toutefois de remarquer que plusieurs travaux de recherches non publiés, notamment des mémoires de DEA, ont été consacrés à cette problématique, ainsi par exemple : Raphaël Paour, « Le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », Aix-Marseille III, 2000.

16. Les thèses constitutives de la *TRI* sont évidemment au cœur d'un grand nombre de débats philosophiques ainsi que de discussions en théorie du droit. La question de l'interprétation ne saurait évidemment être sérieusement abordée sans tenir compte de ces données. L'objet de ce travail est beaucoup plus modeste puisqu'il s'agit uniquement de reconstruire l'architecture d'une théorie et d'examiner sa cohérence. Ce n'est donc pas le lieu d'une discussion compréhensive des questions abordées en elles-mêmes et l'on ne donnera donc pas de bibliographie dont même un modeste échantillon excéderait largement les limites de ces considérations.

la discussion philosophique et juridique contemporaine. Une solution positive du problème de l'interprétation pourrait plus difficilement en faire l'économie, mais ce propos est limité à l'étude d'une théorie particulière, à son architecture, sa cohérence interne, son utilisation d'une théorie de contraste (la *TPD*).

Il ne sera donc pas non plus développé ici, ni même esquissé, de théorie alternative et il ne s'agit pas non plus de défendre des conceptions attaquées par la *TRI*. Cette étude est consacrée à l'analyse d'une théorie du droit et à sa critique interne. Elle n'a pas pour objet de lui substituer un projet concurrent, tout au plus peut-on considérer les conclusions comme des enseignements en vue du développement d'un tel programme. Pour des raisons d'intelligibilité, l'on fera toutefois une brève exception pour certaines questions pour lesquelles la *TRI* s'appuie sur une critique de la *TPD*. Il ne s'agira pas cependant, là non plus, de montrer, ou simplement d'affirmer, que cette théorie aurait réussi là où la *TRI* a échoué. Cette question est, au contraire, laissée entièrement ouverte. Il s'agira simplement de restituer le contexte du débat et par conséquent de faire apparaître en quoi l'interprétation de la *TPD* est contestable, car cela permet de mieux comprendre la construction du projet réaliste.

L'on tâchera de développer l'architecture générale de la *TRI* (I), la manière dont elle prend ses distances par rapport à certaines thèses prêtées à Kelsen (II), de faire apparaître quelles difficultés contraignent de ne retenir qu'une version amendée du réalisme (III), enfin de montrer que cette version ne permet pas de satisfaire ses propres objectifs (IV).

I – LA CONSTRUCTION DE LA THÉORIE

Bien qu'elle se qualifie elle-même de « théorie réaliste de l'interprétation », elle est d'abord une théorie générale du droit et de la décision et elle n'est une théorie de l'interprétation qu'en tant qu'elle réserve ce concept à des opérations non pas d'analyse sémantique qu'elle considère comme impossible dans le domaine juridique, mais de *détermination* de signification par des « organes d'application ». La *TRI* résulte d'une combinaison raffinée de trois positions : l'empirisme qui fait de la seule expérience le critère du connaissable et de l'effet tangible d'un acte le critère de son identification ; le volontarisme qui lie toute production normative au choix, toujours externe à la connaissance, d'un objectif de pouvoir ; le principe de détermination qui exige que toute norme ait un objet précisément défini, une action exactement circonscrite. En tant que système, la *TRI* constitue un ensemble de plusieurs propositions développant les intuitions fondamentales. Certaines sont introduites sans preuve, en tant qu'éléments primitifs, d'autres en sont inférées par voie de conséquence. Mais la distinction entre les données premières et les propositions dérivées n'est pas toujours faite de manière explicite et systématique. Elle pose, par ailleurs, des problèmes de cohérence. Afin de développer toutes les implications de la théorie, il convient par conséquent d'admettre en un premier temps un découpage plus souple entre ces données. Seules seront considérées comme des conséquences celles auxquelles ce statut est explicitement conféré, les autres seront

d'abord indistinctement admises comme des prémisses. L'on reviendra ensuite sur le rapport entre les données en vue de distinguer nettement les fondements des éléments dérivés. L'on peut distinguer la construction du droit au sens de la TRI (A) des prolongements et applications auxquels elle donne lieu (B).

A – LE CHAMP DU DROIT

Si l'on considère la TRI dans son ensemble, on y trouvera les propositions suivantes :

- 1) Il existe une réalité empirique observable (*empirisme général*¹⁷).
- 2) Il existe des significations exprimées par des énoncés qui sont des données linguistiques observables (*empirisme sémantique*).
- 3) Une norme est la signification d'un énoncé, exprimant un « acte de volonté » et ordonnant (permettant, interdisant) un certain ensemble d'actions (*volontarisme sémantico-normatif*¹⁸).
- 4) *Ontologie du droit* :
 - a) Une norme juridique est une norme considérée comme justifiée de manière adéquate dans la société considérée¹⁹.
 - b) L'ordre juridique est un système de normes juridiques, c'est-à-dire un système de justification²⁰.
- 5) a) L'interprétation est l'attribution d'une signification à un ensemble d'énoncés (*thèse de l'interprétation efficiente*).
- b) La TRI ne concerne que l'interprétation en droit (*principe de spécificité*).
- c) Certaines interprétations produisent des effets dans l'ordre juridique (*principe de l'efficacité interprétative*). C'est l'*interprétation authentique*.
- d) L'interprétation opérée par des observateurs de l'ordre juridique, dépourvue d'effets dans cet ordre, est l'*interprétation doctrinale*²¹.
- e) La description des actes d'interprétation authentique constitue la *science du droit*²².

17. Les expressions en italiques ne servent qu'à l'identification rapide des thèses.

18. TJE, par. ex. p. 64, p. 82, p. 140 : « Il faut donc... revenir à une définition de la norme comme signification d'un acte ou d'un fait ».

19. TJE p. 174 : « Le caractère obligatoire ou validité n'est jamais une propriété objective de la norme, ni son mode d'existence. La relation n'est pas non plus objective, mais seulement une mise en relation par l'auteur d'un énoncé. Si cette mise en relation est jugée adéquate dans la société considérée, ce qui est une question de fait, la décision est considérée comme justifiée et l'on peut dire qu'elle présente le caractère d'une norme. Le système juridique n'est alors qu'un système de justification ». C'est nous qui soulignons.

20. Cf. note précédente.

21. L'on retrouve ainsi la distinction entre d'une part l'objet de la TRI : la description de certains comportements interprétatifs en tant que faits ; et d'autre part l'objet de la TCA : la manière dont les acteurs justifient des stratégies empruntant la forme d'une argumentation qui se présente comme « juridique ».

22. La distinction entre la « doctrine » ou « dogmatique juridique » et « science du droit » est introduite in « Science du droit et dogmatique juridique », in TDDE, p. 3-18. La science du droit serait objective, neutre, vérifonctionnelle et aurait pour objet les comportements de production de normes par interprétation ou les contraintes argumentatives à l'œuvre dans l'élaboration d'une interprétation ; la doctrine ou dogmatique juridique est une activité évaluative à visée pratique, elle n'est pas neutre et les énoncés qui la composent ne sont pas susceptibles d'être vérifiés ou falsifiés.

6) Les textes normatifs sont indéterminés (*principe de l'indétermination textuelle*)²³.

7) Un énoncé prescriptif n'a de signification que s'il est « déterminé » (*principe de détermination normative*)²⁴.

8) a) La doctrine ne peut interpréter les textes normatifs « juridiques ».

b) L'interprétation doctrinale n'existe pas (*scepticisme doctrinal*).

9) a) L'interprétation est un acte de volonté (et non un acte de connaissance) (*volontarisme interprétatif*)²⁵.

b) Toute interprétation est évaluative²⁶.

c) Les normes résultent exclusivement de l'interprétation (authentique) (*réalisme interprétatif*).

10) Les « organes d'application » suprêmes déterminent définitivement la signification des textes (*principe de l'interprétation authentique organique*)²⁷.

11) Les décisions des organes suprêmes s'imposent à leurs destinataires (*efficacité décisionnelle*)²⁸.

23. Par ex. « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers. Théories réalistes du droit* (textes réunis par Olivier Jouanjan), Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 54 (republié in TDDE) : « Il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir », p. 55 : « Si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit... », p. 56 : « Le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur ». *TJE*, p. 82 : « Il importe encore de souligner que tout texte, quel qu'il soit, aussi clair qu'il puisse paraître, doit être interprété ». Page 304 s. : « Ce qui fait l'objet de l'interprétation en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose. Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte ».

Cette thèse tout à fait essentielle pour la construction de la théorie soulève à l'évidence les plus difficiles questions de la philosophie du langage. Qu'il suffise de noter que cette affirmation n'est jamais vraiment discutée par la *TRF* dans le contexte de la recherche philosophique contemporaine. Cf. par ex. Crispin Wright, *Realism, Meaning and Truth*, 2^e édition, Oxford University Press, 1993 ; Scott Soames, « Skepticism about Meaning : Indeterminacy, Normativity, and the Rule-Following Paradox », in Ali Kazmi (éd.), *Meaning and Reference : Supplementary*, vol. 23, *Canadian Journal of Philosophy*, 1998, p. 211-249 ; en théorie du droit : Michael Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung. Forschungen aus Staat und Recht* (Günther Winkler, Walter Antonioli, eds.), t. 59, Wien - New-York, 1982 ; Ken Kress, « Legal Indeterminacy », in *California Law Review*, 1989, p. 283 sq. ; Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, 1993 ; Jules Coleman, Brian Leiter, « Determinacy, Objectivity, and Authority », in Andrei Marmor (éd.), *Law and Interpretation*, Oxford University Press, 1995, p. 203-278 ; Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, 2000.

24. Cf. *TJE*, p. 305 : « ... Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte » (le choix est celui d'une signification).

25. *TJE*, p. 99 : « Or, de nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté ».

26. *TDDE*, p. 6.

27. *TJE*, p. 90. « Mais seule doit être considérée comme authentique l'interprétation donnée par une cour statuant en dernier ressort, parce qu'elle est créatrice d'une norme générale, qui est la signification du texte à appliquer ».

28. Par ex. : « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 53 : « L'effet de l'interprétation authentique est qu'elle s'impose, quel que soit son contenu ». *TJE*, p. 90 : « A telle enseigne que les tribunaux inférieurs et les sujets de l'ordre juridique sont tenus de s'y conformer sous peine de voir pour ceux-là leurs décisions annulées, pour ceux-ci leurs conduites sanctionnées ». « Cette norme générale [l'interprétation donnée par une cour statuant en dernier ressort] est obligatoire pour les tribunaux inférieurs et pour les individus ou autorités soumis à la juridiction de cette cour ».

12) Les normes sont des faits (*réductionnisme strict*).

13) Le droit et la politique (les structures de pouvoirs) sont strictement indiscernables.

Il convient de reprendre ces différents éléments *dans la perspective de la TRI* afin de comprendre son fonctionnement interne.

L'empirisme général ainsi que l'empirisme sémantique constituent les fondements épistémologiques de la théorie qui sont admis sans démonstration. L'empirisme général n'est ni développé ni spécifié méthodologiquement. Si des événements sont rapportés, leur présentation n'est pas problématisée. Il s'agit d'une théorie empiriste qui ne donne aucune indication relative à l'identification concrète des données de l'expérience. L'on admettra donc au moins provisoirement que la réalité des événements ait pu être démontrée selon des méthodes appropriées. L'empirisme général se rattache aisément à une position de réalisme scientifique en philosophie, mais c'est uniquement en ce sens que la *TRI* constitue effectivement un réalisme au sens philosophique.

L'empirisme sémantique est également admis comme tel. Il n'est pas non plus précisé quelle est la théorie de la signification à laquelle l'on se rattache. Au moins faut-il admettre qu'il existe des données observables de nature linguistique. Et il faut admettre qu'il est possible d'attribuer une signification à ces données, peu importe comment l'on arrive à cette attribution. L'identification d'objets linguistiques doit pouvoir se faire de manière indépendante de celle de leur signification, mais s'il existe de tels objets, ils ont une signification. L'on admettra également avec la *TRI* que pour certains énoncés la signification est indéterminée et que pour d'autres elle ne l'est pas ou ne l'est que dans une moindre mesure. Il en résulte qu'il doit être possible d'identifier ces significations-en-tant-qu'elles-sont-dotées-d'un-certain-degré-de-détermination.

Le volontarisme normatif découle de l'empirisme général. Une norme, si une telle chose existe, ne peut être qu'un fait parmi d'autres et les faits pertinents sont ceux que la *TRI*, dans le sillage de la *TPD* appelle « actes de volonté ». En quoi ces actes consistent exactement n'est jamais vraiment expliqué, ni par l'une, ni par l'autre théorie²⁹. Il convient sans doute d'admettre que « volonté » renvoie à des données psychologiques telles que certains actes mentaux aient pour objet la réalisation de certaines actions et l'on dira alors que ce qui exprime cet état mental est une « norme ». Il existe, par conséquent, un concept extralinguistique de « norme » à côté d'un concept linguistique, exprimé par (3). Par rapport à la *TPD*, la *TRI* présente l'avantage évident de lier la norme plus explicitement à des données linguistiques qu'à des données psychologiques³⁰. L'on ne sait strictement rien sur le rapport entre ces deux données. Et l'on ne sait pas non plus comment l'on identifie exactement les phénomènes linguistiques dont

29. Otto Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », in *Droits*, 28 (1999), p. 83-98.

30. Kelsen avait certes dans un premier temps âprement critiqué le psychologisme dans la définition de la norme (cf. Otto Pfersmann, *op. cit.*), mais si la volonté n'était pas une donnée psychologique dans la Théorie pure du droit, la théorie s'effondrerait, car il s'agit bien d'identifier la signification de certains actes (par exemple le fait que certaines personnes se lèvent dans un hémicycle comme constitutif de l'adoption d'une loi), donc de phénomènes empiriques. Il sera assurément difficile d'expliquer exactement en quoi la volonté consiste dans chacun des cas, mais il s'agit toujours d'actes de volonté au sens psychologique ayant une signification qui transcende les données psychologiques.

les significations seraient que certaines actions sont obligatoires, permises ou interdites. Il conviendra donc d'admettre pour les besoins de la cause que de tels phénomènes existent et que leur identification est possible. Si le « sémantisme » est admis, cela veut donc dire que pour tout énoncé E, à partir de méthodes appropriées (dont nous ne savons rien mais dont nous admettons également la possession pour les besoins de la cause), nous pourrions dire : soit la signification de E est une norme ; soit la signification de E n'est pas une norme.

Même si nous ne savons pas exactement *quelle* est cette norme, nous savons qu'elle est ou qu'elle n'est pas une *norme*. Il est donc toujours possible de dire, toutes choses égales par ailleurs, en quoi consiste cet aspect de la signification d'un énoncé.

Appelons maintenant, pour simplifier, l'acte d'attribution d'une signification à un ensemble d'énoncés « interprétation » (4). Il s'agit d'un côté d'une définition ; une catégorie d'actes est dotée d'un nom. Cela ne dit rien sur la nature de cet acte. La *TRI* est alors, comme son nom l'indique, une théorie dont l'objet consiste à déterminer cette nature. Mais sans prétendre rendre compte d'autres domaines, elle ne concerne que le seul champ du droit ce qui exige l'introduction du principe de spécificité.

De l'autre côté, il s'agit d'un élément d'une *théorie de la signification*. Ce qui importe ici, c'est que, selon cette conception, la signification constitue le *résultat d'un acte* et non une donnée première et directement explorable selon des méthodes appropriées. Il faut qu'elle soit *déterminée* au sens où il faut que l'intervention d'un événement produise une modification dans la constitution d'un objet. Il y a, au sens logique comme au sens temporel, un *avant* et un *après*, il y a l'objet O *sans* et l'objet O *avec* signification. Cet objet sans signification, c'est ce que la *TRI* appelle « texte ». Cet aspect de la sémantique de la *TRI* sera ici qualifié de « thèse de l'interprétation efficiente » afin de souligner que la signification constitue bien l'*effet d'un acte*.

L'élément essentiel de la démonstration consiste par conséquent dans la détermination de la nature de l'interprétation. Appelons « texte » un quelconque ensemble d'énoncés, quel que soit son support. Selon le principe d'indétermination textuelle, tout texte est indéterminé, c'est-à-dire qu'il ne possède, *en tant que tel*, aucune signification. Plusieurs raisons peuvent être invoquées en faveur de cette proposition. En premier lieu, ce qui entraîne un effet dans un ordre juridique est toujours un acte qui, à partir d'un texte, fait le choix d'un sens. Avant ce choix, il n'existait donc pas de sens. En deuxième lieu, il n'est presque jamais possible de retrouver l'intention de celui qui aurait produit le texte, car pour cela il faudrait connaître l'état mental de tous ceux qui ont contribué à son édicition, ce qui soulève des difficultés pratiquement insolubles et souvent le résultat serait, même s'il était possible d'y parvenir, incohérent. Et même s'il était tout de même possible de retrouver un état mental cohérent, il ne concernerait à l'évidence pas le cas de l'espèce (ou des espèces) en question et, par conséquent, il faudrait *construire* une intention qui n'a pas existé telle quelle. Enfin, parmi les différents sens que l'on pourrait retrouver en dehors de l'intention, il faudrait toujours opérer un choix qui n'est donc pas donné par le texte lui-même³¹.

31. Pour une discussion critique récente de ces arguments, cf. Martin Hensche, « Auslegung und rechtsfortbildende Explikation des Gesetzes. Zur Kritik des "Willensarguments" », in *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, 2001, p. 373-401.

Le principe de l'indétermination textuelle implique qu'aucun exercice scientifique, aussi raffiné soit-il, ne peut la lever. Deux raisons complémentaires permettent de l'établir. La première résulte de la définition même de l'interprétation dans le domaine du droit. Une telle démarche n'aurait, en effet, par hypothèse, aucun effet dans l'ordre juridique. Mais en deuxième lieu, elle est impossible selon les critères scientifiques eux-mêmes : l'interprétation doctrinale sera toujours confrontée à l'indétermination du texte sans pouvoir trouver en elle-même les raisons qui lui permettraient de trancher en faveur de l'une des options. Ce choix est précisément le propre de l'interprétation ayant un effet dans l'ordre juridique, c'est-à-dire de l'interprétation authentique. Le principe de l'indétermination est par conséquent l'équivalent du scepticisme doctrinal.

Or s'il en est bien ainsi, à l'inverse une norme ne peut jamais être que déterminée, c'est-à-dire elle ne peut que dire en quoi consiste l'ensemble d'actions obligatoires, permises ou interdites. C'est justement ce qui distingue un *texte* d'une *norme* : un texte est toujours indéterminé, une norme est toujours déterminée, au moins au sens où elle aura « ... des effets dans l'ordre juridique »³². Le principe de l'indétermination *textuelle* équivaut par conséquent au principe de détermination normative. Et puisque l'interprétation en tant que détermination ne peut résulter d'un acte de connaissance, elle ne peut donc résulter que d'un acte de volonté, ce qui établit le volontarisme normatif. Et si toute interprétation, en tant que détermination, consiste dans l'effet d'un acte de volonté consistant à son tour dans le choix d'une préférence entre plusieurs alternatives, l'on pourra également dire que « toute interprétation implique une évaluation ».

Si l'interprétation résulte bien d'un acte de volonté, ceux auxquels ces actes seront imputables seront appelés « organes ». La *TRI* les qualifiera plus spécifiquement d'« organes d'application » au sens où les actes de volonté qu'ils édicent confèrent un sens à un texte jusque-là indéterminé. L'application du texte est dès lors effectivement la véritable production de la norme, c'est-à-dire de la détermination de la signification normative. Mais tous les organes n'ont pas le même statut. Certains tranchent définitivement une question, d'autres non. L'interprétation est organique (ou authentique) parce que ce sont les organes (d'application) qui déterminent la signification des textes, mais ce ne sont que les organes suprêmes qui opèrent une telle détermination au sens strict puisque le choix auquel ils procèdent est par définition incontestable. C'est également la raison pour laquelle ces interprétations s'imposent effectivement à leurs destinataires, ce sont, en effet, des actes qui produisent par définition des effets dans l'ordre juridique, et ils le font de manière définitive.

B – LES PROLONGEMENTS SCEPTIQUES

Les conséquences de la *TRI* touchent tous les domaines qui intéressent le juriste et l'obligent à reconsidérer entièrement la nature de ses objets : 1) l'ordre juridique, 2) la doctrine, 3) la théorie du droit.

32. « Une théorie réaliste de l'interprétation », p. 53.

1 – La factualité de l'ordre juridique

Si l'on admet, pour les besoins de la cause, la démonstration des éléments essentiels de la *TRI*, on pourra également dériver certaines propositions qui paraîtront particulièrement étranges aux partisans d'autres conceptions. Le principe d'indétermination permet très facilement d'établir que la Constitution (le texte qui porte ce nom ou une appellation équivalente dans un ordre juridique donné) ne peut constituer une norme (ou un ensemble de normes), car il ne s'agit précisément que d'un texte. Ou alors, il va falloir considérer que ce n'est pas la Constitution qui est la constitution (norme ou ensemble de normes). Celle-ci résulte en effet de l'*interprétation* du texte « Constitution » et toute interprétation est organique³³. Comme il peut y avoir plusieurs organes suprêmes, on peut éventuellement appeler « constitution » le système formé par ces organes³⁴. Il en résulte, en deuxième lieu, que la hiérarchie des normes telle qu'elle est souvent entendue, comme une pyramide dont la constitution est le sommet et les actes dont elle règle les conditions de validité les étages inférieurs, est une pure illusion. Il ne peut, en effet y avoir de hiérarchie entre des *textes* mais seulement entre des normes et les normes résultent des actes d'interprétation organique. Il s'ensuit qu'il n'existe de hiérarchie des normes qu'en tant que déterminée par et à l'intérieur de l'interprétation³⁵. Elle n'est que le reflet de la hiérarchie des pouvoirs³⁶.

Puisque les textes sont indéterminés et que la signification normative résulte uniquement de leur interprétation organique et que l'interprétation ne peut, faute de norme préalable, être en quoi que ce soit *liée*, il s'ensuit *trivialement* que l'interprétation est un acte juridiquement libre, pouvant prendre n'importe quel contenu. Il n'existe aucun rapport entre l'indétermination du texte et la détermination interprétative, celle-ci n'est nullement contenue dans un ensemble de solutions possibles. Le droit ne peut contraindre l'interprétation puisque c'est l'interprétation qui fait la norme et donc le droit. Les seules limites qui pèsent sur le pouvoir d'interprétation sont celles qui pèsent sur tout pouvoir : ce sont les contraintes factuelles exercées par d'autres pouvoirs³⁷. Et si l'interprète est juridiquement libre au sens où il n'existe *aucune* norme qui pourrait lui imposer un choix parmi un ensemble de solutions admissibles avant l'acte d'interprétation, il s'ensuit que l'interprète ne détermine pas seulement la norme qui tranchera l'espèce, mais qu'il crée en même temps celle qui lui attribue la compétence de procéder à l'interprétation qu'il adopte. La liberté de l'interprète ne résulte pas d'une habilitation conférant une compétence, c'est

33. *TJE*, p. 305.

34. *TJE*, p. 306. La constitution « ... n'est pas un corps de règles; c'est une "organisation", un système d'organes ».

35. « Une théorie réaliste de l'interprétation », p. 63.

36. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 63 : « En d'autres termes, selon la théorie réaliste, la hiérarchie des normes reflète celle des pouvoirs ».

37. Il se peut que les interprètes se contraignent eux-mêmes lorsqu'ils adoptent certains raisonnements ou utilisent d'une certaine façon les formes juridiques. L'étude de ces phénomènes ne relève cependant plus de la *TRI* qui n'établit que la liberté juridique de l'interprète et non les éventuels mécanismes factuels internes à la production d'actes normatifs ou de comportements juridiquement pertinents (comme par exemple une démission), ni la manière dont ces mécanismes limitent les possibilités de choix des acteurs. Cette étude revient à la *TCA* (cf. note 13).

l'acte d'interprétation qui est au contraire constitutif de la compétence et de son exercice.

Or, l'on se situe encore, semble-t-il, dans un univers normatif. Mais la conséquence la plus étonnante et la plus radicale porte justement sur le statut modal des normes elles-mêmes. La *TPD* s'était fortement attaché à tirer toutes les conséquences de la distinction entre le factuel et le normatif et l'impossibilité d'une dérivation d'énoncés de nature prescriptive à partir d'énoncés uniquement descriptifs et vice-versa. Mais la constitution est un fait et son application également, et l'acte d'interprétation l'est aussi. Et dans le droit il n'y a *rien* d'autre : ce n'est que cet ensemble de faits constitués par les actes d'interprétation de ceux qui exercent *ainsi* un certain pouvoir.

2 – La nature empirique de toute science du droit

Si l'on admet le raisonnement de la *TRI*, les conséquences qui en résultent pour une connaissance scientifique du droit sont à l'évidence désastreuses : elle n'existe pas. Ou bien elle n'est pas une science, ou bien elle ne concerne pas le *droit*³⁸.

Il suffit de combiner l'empirisme avec le principe de détermination. L'on ne peut scientifiquement décrire que ce qui est donné dans l'expérience et seulement ce qui est déterminé peut constituer l'objet de l'expérience, ce qui n'est pas déterminé ne peut faire que l'objet d'un choix déterminant, c'est-à-dire d'une évaluation. Le résultat de l'évaluation peut être analysé, l'évaluation elle-même ne résulte pas d'un acte de connaissance, mais de volonté.

Ce que la *TRI* qualifie de « dogmatique juridique » ou d' « interprétation doctrinale » constitue la conséquence d'un choix évaluatif *sans valeur normative objectivement juridique*. Mais en tant que résultat d'une évaluation sélective, elle n'est que l'expression des préférences subjectives de l'interprète doctrinal. Si de tels choix subjectifs sont présentés comme s'il s'agissait de données objectives scientifiquement établies, alors il s'agit d'une idéologie. Or, les auteurs de doctrine prétendent bien donner une image objective du droit, donc ils produisent un discours idéologique.

Cette conclusion peut être entendue de deux manières. L'on pourrait dire que, dans certains cas, tel ou tel auteur ne se contente pas de décrire scientifiquement le droit mais inclut des préférences subjectives dans un discours présenté comme objectif. L'on qualifiera alors d'idéologique les énoncés dans les-

38. « Ainsi, ou bien la science du droit de Kelsen contient des évaluations et n'est pas une science ou bien elle est une science, mais pas une science juridique » (TDDE, p. 7) On n'examinera pas ici si cette proposition caractérise effectivement la position de Kelsen. Qu'il nous soit simplement permis d'en douter. Elle nous paraît, en revanche, très bien qualifier la conception de la *TRI* dans sa version radicale. En effet, une science ne peut contenir des évaluations et, selon la *TRI*, toute interprétation doctrinale contient des évaluations. Mais tout dépend de la question de savoir s'il est possible d'identifier des critères de spécificité d'interprétations authentiques par rapport à d'autres comportements visant l'acquisition ou le maintien d'un pouvoir sans faire appel à des éléments sémantiques. Si ce n'est pas le cas, comme on tâchera de le montrer (II), la version radicale s'impose. Si on accepte qu'il serait possible d'identifier des « normes juridiques valides » au sens de la *TRI*, et de le faire sans adopter des évaluations, alors une science des interprétations authentiques sera envisageable. La position de la *TRI* est développée en particulier *in* « Science du droit et dogmatique juridique », *in* TDDE, p. 3-18.

quels se manifeste une telle attitude et une critique des idéologies s'attachera à identifier de telles occurrences. Mais on peut également aller beaucoup plus loin et affirmer que toute tentative de présentation objective du droit, en dehors de la description empirique des interprétations authentiques, est *intrinsèquement* idéologique. C'est la thèse de la *TRI* qui découle nécessairement du caractère intrinsèquement évaluatif de l'interprétation.

Aucune doctrine ou dogmatique ne peut donc exister à titre de science, car ce qui existe sous ce nom n'est qu'un discours sur des textes qui ne peut, par quelque moyen que ce soit, lever leur ambiguïté. N'ayant aucun effet dans l'ordre juridique elle n'est que l'illusion d'une détermination de la signification. Loin de nous instruire, elle ne fait qu'ajouter l'erreur à l'indétermination. La discipline qui revendique le titre de science du droit, ou des appellations moins ambitieuses (mais plus insidieuses, sans doute) de « doctrine » ou simplement de « droit » comme métonymie de l'objet d'un travail d'exposition et d'analyse, n'est qu'un exercice politique visant à obtenir un statut organique par d'autres moyens, ceux de la supercherie intellectuelle.

Il ne peut pas non plus y avoir de science du droit en tant qu'analyse de systèmes de normes telle que l'entend la *TPD* puisque les normes sont des faits et leur analyse ressort par conséquent des sciences empiriques *stricto sensu*. La *TRI* n'est pas seulement une théorie sceptique au sens où elle cherche à établir l'inanité d'une entreprise scientifique ou même modestement descriptive, elle est une théorie critique des idéologies qui démasque la véritable et fallacieuse nature de toute analyse, de toute présentation du droit positif.

Il en découle à nouveau deux conséquences. La première concerne les problèmes de la science du droit. Puisqu'il ne peut y avoir de science du droit au sens où il serait possible d'interpréter (de manière non-authentique) des énoncés normatifs juridiques, il est à l'évidence impossible de résoudre des problèmes de droit, c'est-à-dire de répondre à des questions du type : « Si tel événement se produit, quel action est alors obligatoire, permise ou interdite dans le cadre du système juridique considéré? ». Toute réponse à ce genre d'interrogations est soit une supercherie, soit une hypothèse empirique falsifiable concernant un éventuel acte d'interprétation.

La deuxième conséquence concerne la nature de la science du *droit-au-sens-de-la-TRI*³⁹ : elle ne peut être qu'une science strictement empirique⁴⁰ et ne peut avoir pour objet que les actes d'interprétation en tant qu'éléments de la structure du pouvoir. Il s'ensuit que la science du *droit-au-sens-de-la-TRI* ne peut être autre chose qu'une branche de la science politique pour autant, bien sûr, que la science politique est elle-même conçue comme une science strictement empirique⁴¹.

39. Cf. note 21.

40. La science du droit « traite la norme comme un fait empirique » par exemple TDDE, p. 6, 13.

41. Par ex. *TJE*, p. 314 : « ... la séparation de la science du Droit constitutionnel et de la sociologie politique, insurmontable si elle est conçue comme un aspect de la distinction du *sein* et du *sollen*, ne se justifie plus si la constitution est un fait ». La science du droit « traite la norme comme un fait empirique » (cf. par. ex. TDDE, p. 6, 13). Selon une conception attribuée en partie à Kelsen, la description de ces faits empiriques est une science sociale comme une autre, elle n'a pas d'objet spécifique et n'est donc pas une science du *droit* : « Ainsi, ou bien la science du droit de Kelsen contient des évaluations et n'est pas une science ou bien elle est une science, mais pas une science juridique » (TDDE, p. 7).

En ce qui concerne le problème de départ, la solution proposée par la *TRI* paraît simple : il n'existe tout bonnement aucune contradiction possible entre constitution ou autres « normes » générales (c'est-à-dire en vérité, des textes) et décisions prises en application de tels textes parce que ni la constitution ni ces « normes » ne sont des normes et que les seules véritables normes se confondent avec les structures effectives de pouvoir⁴².

La science du droit au sens de la *TRI* n'est par conséquent pas une science du droit si l'on entend par là une science des textes prescriptifs au sens de la *TRI*. Selon une variante, plus radicale, il n'existera alors strictement aucune science du droit au sens de la *TRI*, puisque celle-ci ne reconnaît qu'une science empirique des données sociales. Selon une autre variante, plus constructive, la science du droit au sens de la *TRI* serait celle des interprétations authentiques en tant qu'événements empiriquement observables. Selon une troisième version, il pourrait alors y avoir une science de ce qui est factuellement à l'œuvre lorsqu'un interprète authentique justifie un choix en empruntant la forme du « raisonnement juridique ». Ce dernier exercice constitue l'objet de la *TCA* et non plus de la *TRI* proprement dite.

S'il n'y a de sciences que des événements empiriquement observables, le seul problème consistera dans l'identification de ceux que l'on qualifie de *juridiquement* pertinents. Si c'est possible, l'on pourra développer une science des interprétations authentiques, si c'est impossible, il n'y aura au plus qu'une science sociale des rapports de pouvoir.

II – LA RELECTURE DE LA THÉORIE PURE DU DROIT

L'objet de ce propos n'est évidemment pas de discuter la présentation que la *TRI* offre de la théorie de Kelsen⁴³, car les arguments avancés en faveur du réa-

42. *TJE*, p. 315 : « Il appartient alors à la science constitutionnelle, non pas de décrire des prétendues normes constitutionnelles, encore moins de constater leur violation, mais de mettre en évidence la structure du système et d'expliquer les causes de ses transformations ».

43. La théorie de l'interprétation de la *TPD* est exposée dans le dernier chapitre de la *Théorie pure du droit* (trad. Ch. Eisenmann) Dalloz, 1962, rééd., Paris, LGDJ, 1999. Merkl s'y était intéressé beaucoup plus tôt et l'on peut trouver dans ses écrits des formules assez proches de la *TRI*, « Une formulation extrême pourrait même aller jusqu'à dire qu'il existe autant d'ordres juridiques que de méthodes d'interprétations » (« Zum Interpretationsproblem », in *Grünhutsche Zeitschrift für das Privatrecht und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1916, p. 535 sq.). Dans la *Théorie pure*, la position de Kelsen se distingue nettement de celle de la *TRI*, il en est toutefois beaucoup plus proche dans un article publiée quelques années plus tôt : « Was ist ein Rechtsakt? » in *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1951-1952, p. 263-274. Sur la théorie kelsénienne de l'interprétation cf. par ex. également : Michael Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, *op. cit.* (note 23); Robert Walter, « Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und das Auslegungsproblem », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 20 (1984), p. 129-133; Claudio Luzzati, « Discretion and "Indeterminacy" in Kelsen's Theory of Legal Theory », in Letizia Giangormaggio (éd.), *Hans Kelsen's Legal Theory : A Diachronic Perspective*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 123 sq.; Hans-Joachim Koch, « Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung », in *Zeitschrift für Verwaltung*, 1992, p. 1-13; Robert Walter, « Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie », in *Festschrift für Robert Leser Wien Braumüller*, 1993, p. 191-207; Heinz Mayer, « Die Interpretationstheorie

lisme sont valables ou invalides, indépendamment de la pertinence de l'analyse des textes de la *TPD*. Mais il n'est pas non plus possible d'en faire entièrement abstraction puisque la *TRI* se sert d'une reconstruction de Kelsen en vue d'introduire sa propre conception en tant que correctifs des erreurs imputés à la théorie de l'école de Vienne⁴⁴. Et l'attrait de la *TRI* ne résulte pas seulement de son caractère réductionniste et radical, mais également du travail critique sur lequel elle s'appuie.

En effet, la démonstration de contresens dans des théories données peut rendre plus plausible le projet alternatif proposé par une théorie nouvelle, du moins en motiver le développement. Mais si, à l'inverse, l'analyse de la théorie donnée présente des erreurs, cela fait apparaître les défauts de construction du projet alternatif. Une discussion plus exacte aurait alors éventuellement permis d'éviter ces difficultés, ou du moins à renforcer le dispositif de la conception nouvelle.

Sans incidence directe quant à l'argument principal et d'un point de vue externe, l'on reviendra donc ici brièvement sur quelques questions souvent évoquées par la *TRI* en tant qu'elle se présente comme une lecture critique de Kelsen : la *TPD* aurait considéré l'interprétation comme une fonction de volonté (A), elle serait amenée à admettre qu'il puisse y avoir l'absurde chose que serait « la détermination de la signification d'une signification » (B), elle aurait introduit l'incohérente théorie des « dispositions alternatives » en vue d'expliquer l'existence de lois « inconstitutionnelles » dans des systèmes dépourvu de contrôle de constitutionnalité et, partant, de propager idéologiquement l'adoption d'un système de justice constitutionnelle (C). Dans tous les cas, la *TRI* permettrait seule de surmonter ces difficultés. Il apparaît que ces analyses sont contestables.

A – LA NATURE DE L'INTERPRÉTATION

La *TPD* aurait considéré « ... que l'interprétation est elle-même un acte de volonté et non un acte de connaissance »⁴⁵. Cela est strictement inexact. Kelsen distingue l'interprétation *scientifique* en tant qu'opération cognitive et par conséquent sans valeur juridique de l'interprétation *authentique* pourvue de valeur juridique, acte de production normative et donc opération volitive et par conséquent dépourvu de valeur de connaissance. L'utilisation du même mot « interprétation » dans les deux expressions peut favoriser la confusion terminologique (2), mais ne devrait pas conduire à une confusion conceptuelle (1).

der Reinen Rechtslehre », in Robert Walter (éd.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1992 ; Matthias Jeastedt, « Wie das Recht, so die Auslegung », in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2000, p. 133-158.

44. Par ex. *TJE*, p. 303, après la reconstruction critique de la théorie kelsénienne jugée incohérente : « La théorie de l'interprétation permet seule de traiter ce problème de manière satisfaisante ».

45. *TJE*, p. 86.

46. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre [Théorie pure du droit]*, 2^e édition, Vienne, Deuticke, 1960, p. 346 (notre traduction, c'est nous qui soulignons). Comme il s'agit de questions exégétiques, nous nous reportons ici au texte original allemand.

1 – L'interprétation est introduite comme « ... la démarche *intellectuelle* qui accompagne la procédure de l'application du droit dans son parcours d'un niveau supérieur vers un niveau inférieur »⁴⁶. Et plus loin : « Si l'on entend par "interprétation" l'identification par la voie de la *connaissance* du sens de l'objet à interpréter, alors le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que le fait d'établir le cadre représenté par le droit qu'il s'agit d'interpréter, et ainsi la reconnaissance de plusieurs possibilités données à l'intérieur de ce cadre »⁴⁷. La volonté n'intervient en rien et n'a d'ailleurs pas à intervenir. Ce n'est que dans cette mesure, justement, qu'il s'agit d'un travail neutre, objectif et scientifique et c'est dans la mesure où la volonté intervient et où l'interprète affirme qu'il n'y aurait qu'une seule solution valable, alors qu'il y en a *n*, qu'il fait de la politique et que son discours devient idéologique. La critique de la doctrine traditionnelle consiste à dire, pour la *TPD*, que celle-ci se prétend en possession de méthodes menant à une unique solution correcte là où il n'existe qu'un cadre.

La volonté intervient d'autre part lorsqu'il s'agit de concrétiser une norme à un niveau inférieur. La production de la norme de degré inférieur constitue un choix entre plusieurs solutions possibles. Cette opération est appelée « interprétation authentique ». C'est la sélection entre plusieurs solutions entre lesquelles il est par hypothèse impossible de trancher par la voie du raisonnement puisque le raisonnement ne peut que démontrer que toutes ces solutions sont également admissibles. Il n'y a donc de ce point de vue aucune ambiguïté : l'interprétation scientifique ou doctrinale est bien un acte de connaissance, l'interprétation « authentique » est un acte de volonté à partir des résultats donnés par la voie de la connaissance. Et il est évident qu'il s'agit de deux opérations parfaitement distinctes.

Il paraît difficile de ranger Kelsen parmi ces « ... nombreux auteurs » qui auraient « démontré [que] l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté »⁴⁸ et l'on ne voit pas en quoi consisterait cette démonstration. Ce qui est montré, c'est que la production normative par concrétisation constitue bien un acte de volonté, non que la l'identification des solutions possibles ne serait pas un acte de connaissance. On peut, certes, introduire de manière stipulative le terme « interprétation » pour la seule opération que Kelsen appelle « interprétation authentique », mais alors on n'a pas *démontré* que l'interprétation est toujours un acte de volonté et non un acte de connaissance, on a juste baptisé certains actes de volonté « interprétations ». Encore moins a-t-on démontré que l'opération que Kelsen appelle « interprétation » *tout court* et qu'il introduit comme un acte de connaissance ne serait pas, selon Kelsen, un acte de connaissance.

2 – Il est évident que la terminologie kelsénienne prête à confusion et qu'il aurait mieux valu, afin de marquer clairement qu'il s'agit d'opérations différentes, éviter de réutiliser « interprétation » enrichi du qualificatif de spécification « authentique » en vue de nommer les actes de concrétisation. Certes, la raison pour laquelle Kelsen fait ce choix est plausible, mais elle autorise une confusion qui semble embrouiller sa propre argumentation.

47. *Op. cit.*, p. 349 (notre traduction, c'est nous qui soulignons).

48. *TJE*, p. 99.

Ce que la *TPD* entend montrer, c'est que dès lors que plusieurs significations d'un texte exprimant une norme sont envisageables, c'est-à-dire toujours, n'importe laquelle de ces significations est par hypothèse une signification correcte et que l'acte de concrétisation qui privilégie l'une d'entre elles et exclut toutes les autres, est non seulement juridiquement correct mais aussi le seul juridiquement valide. Telle est la signification première du concept d'« interprétation authentique » chez Kelsen.

Mais la chose se complique lorsque la *TPD* affirme que « ... par la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire l'interprétation par l'organe juridique auquel il incombe d'appliquer la norme, il est possible non seulement de réaliser l'une des possibilités montrées par l'interprétation de la norme applicable acquise par la voie de la connaissance, mais aussi de produire une norme qui se situe entièrement en dehors du cadre que constitue la norme applicable »⁴⁹. Pris à la lettre et extraite du contexte, cette thèse semble contenir *in nuce* toute la *TRI* : quoique fasse l'organe, son acte s'impose à titre de norme valide, même sans aucun rapport avec le texte (de la norme applicable). Et l'on pourra donc facilement en inférer que dans ce cas l'organe ne peut que créer à la fois la norme de fond et la norme de compétence.

Mais Kelsen introduit une restriction fondamentale, que ne suit évidemment pas la *TRI*, et qui permet de comprendre ce qui autrement apparaîtrait comme une simple contradiction : comment en effet l'interprétation authentique peut-elle à la fois être introduite comme la norme produite par sélection de l'une des solutions équipossibles et comme ce qui pourrait se situer entièrement en dehors de ce même cadre ? Cela s'éclaire par le passage suivant selon lequel une telle interprétation authentique hors-cadre peut créer du droit non seulement si elle revêt un caractère général, mais aussi s'il s'agit de la production d'une norme individuelle, « ... dès que l'acte de l'organe d'application ne peut plus être annulé, dès qu'il acquiert la force de la chose jugée (*Rechtskraft*) »⁵⁰. La production d'une norme valide par un tel acte ne résulte donc ici nullement d'un élément factuel externe à la normativité, comme dans la *TRI*, mais du seul fait que les normes de production de normes attribuent cette qualité à l'acte en question. En d'autres termes, même si cet acte n'avait absolument rien à voir avec l'exigence de la norme de fond applicable, il devient une norme uniquement parce qu'il respecte le cadre tracé par les normes réglant la procédure pertinente. Tant pour la norme générale que pour la norme individuelle une transgression de ce cadre rendrait la tentative de produire une norme juridiquement vaine.

La formulation est donc effectivement malheureuse, mais la contradiction n'est qu'apparente. La production normative fait appel à des ensembles de normes, certaines constituant des conditions nécessaires de la validité du résultat. Une interprétation authentique ne respectant pas les conditions nécessaires n'est pas une interprétation authentique, mais une tentative sans pertinence juridique, du moins au titre de la production normative, car il pourrait s'agir d'un acte impliquant la responsabilité de son auteur.

49. Kelsen, *op. cit.*, p. 352.

50. *Ead. loc.*

B – LA « SIGNIFICATION DE LA NORME »

Dans le chapitre de la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* qu'il consacre à l'interprétation, Kelsen s'attaque à la théorie traditionnelle selon laquelle l'application d'une norme par un organe ne serait qu'un acte transparent n'ajoutant rien à la norme appliquée : en vérité, à moins qu'il ne s'agisse de l'exécution d'un comportement purement factuel, tout acte d'*application* d'une norme constitue à son tour la *production* d'une norme (et inversement), c'est-à-dire au sens de Kelsen, la signification d'un acte de volonté. Il introduit alors l'interprétation authentique comme l'acte (de production normative) consistant dans l'application d'une norme indéterminée par le choix entre ses significations possibles.

Pour la *TRI*, cette théorie est contradictoire. En effet, une norme est la signification d'un acte de volonté et l'interprétation authentique constitue alors la production d'une norme par la détermination de la signification d'une norme. Or cela voudrait dire qu'une norme pourrait être la détermination de la signification d'une signification, ce qui est absurde (puisque une norme est justement, selon Kelsen, la signification d'un acte de volonté)⁵¹. Selon la *TRI*, cette difficulté disparaît dès lors qu'on se rend compte que l'interprétation en tant que détermination délibérée de la signification ne peut porter que sur un objet dont la signification n'est pas déterminée, c'est-à-dire un texte (et non pas une norme). En d'autres termes, prendre au sérieux la théorie kelsénienne de l'interprétation nous obligerait à renverser la problématique : au lieu de rechercher le critère de la validité d'une norme dans une autre norme, il convient de l'identifier dans ce qui est objectivement la signification d'un acte humain, c'est-à-dire l'interprétation-crédation d'une norme par un organe d'application. La norme n'est pas le produit de l'organe qui édicte un texte, mais de celui qui en détermine la signification.

L'objection est parfaitement exacte mais uniquement si on prend le texte de Kelsen au pied de la lettre sans le situer dans son contexte, et elle ne permet nullement de dériver les conséquences proposées.

Il est en effet tout à fait évident que Kelsen ne vise pas ici la *norme*, mais son support linguistique, en d'autres termes qu'il utilise négligemment le terme norme non seulement pour la norme au sens strict, mais aussi pour qualifier l'énoncé qui l'exprime, alors qu'en d'autres endroits il insiste sur la différence entre les deux⁵². C'est bien la formulation de la norme qui contient toujours un certain degré de polysémie pour la *TPD* et c'est la raison pour laquelle la *norme* qu'elle exprime admet plusieurs manières d'être concrétisée.

51. *TJE*, p. 82, 87.

52. Pour un exemple particulièrement significatif : Kelsen, *op. cit.*, p. 348 : « Toutefois, l'indétermination de l'acte juridique peut également constituer la conséquence involontaire de la nature de la norme qui doit être appliquée par l'acte en question. Il y a là en première ligne la polysémie d'un mot ou d'une suite de mots en qui la norme s'exprime : le sens linguistique de la norme n'est pas univoque ; l'organe qui doit appliquer la norme est confronté à plusieurs significations ». Dans la même phrase, l'expression linguistique de la norme est explicitement distinguée de la norme elle-même, puis « norme » est à nouveau utilisé pour « énoncé formulant la norme ». Si la terminologie paraît confuse, les concepts sont distincts. En vérité, il convient, selon la *TPD*, de différencier entre la norme, sa formulation et la formulation des énoncés qui la décrivent (les énoncés interprétatifs que la *TRI* considèrent comme idéologiques).

La lecture que la *TRI* fait de ces passages ne prouve donc strictement rien à son profit. Elle fait au contraire apparaître plus clairement la portée du *principe de détermination* sur lequel elle s'appuie : un énoncé ou « texte » indéterminé ne peut ne pas être la formulation d'une « norme ». Pourtant, même si on admet cette thèse sans preuve, il s'ensuit seulement que toute norme-au-sens-de-la-*TRI* est déterminée et non pas qu'il ne puisse y avoir des énoncés rendant de manière sémantiquement indéterminés telles ou telles actions obligatoires, permises ou interdites. Afin de faire fonctionner le principe de détermination, la *TRI* aura donc besoin du principe d'efficacité qui permettra de dire que les normes-au-sens-de-la-*TRI* sont suivies d'effets. Mais le principe d'efficacité opère une sélection (« *Certaines* interprétations produisent des effets dans l'ordre juridique »), il ne *démontre* en rien que les « textes » n'auraient aucune signification et que pour cette raison ils ne sauraient exprimer des normes. En revanche, il est certain que si l'on accepte que tout ce qui est juridiquement normatif est déterminé et strictement efficace, il ne peut pas y avoir de concrétisation dynamique au sens de Kelsen. La *TRI* n'a donc pas prouvé que la *TPD* avait tort et que son argument permet de pallier ses déficiences, mais elle postule qu'elle a raison, et dès lors, il s'ensuit évidemment que la *TPD* est erronée.

C – LES « DISPOSITIONS ALTERNATIVES »

Selon la lecture que la *TRI* propose de la *Théorie pure du droit*, Kelsen aurait violé sa propre exigence de pureté en affichant sa préférence pour les système incluant un contrôle de constitutionnalité⁵³. Ce parti pris aurait entraîné de nombreuses difficultés et notamment la suivante : s'il existe une constitution et si la constitution énonce les conditions de validité des normes législatives, alors, par définition, une loi inconstitutionnelle ne peut pas exister. Et pourtant de telles lois existent bel et bien. Kelsen aurait alors eu recours à une construction *ad hoc* selon laquelle, en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité, la constitution elle-même « ... fonde la validité des normes contraires aux dispositions qu'elle contient »⁵⁴. L'organe législatif aurait simplement le choix entre plusieurs « dispositions alternatives ». Il en résulterait une contradiction interne puisque, d'une part, la loi est considérée comme valide, quelle que soit sa conformité ou non-conformité avec la constitution, d'autre part, il est admis qu'une loi puisse être produite *autrement* que ne le prévoit la Constitution alors qu'une telle affirmation suppose justement que l'interprétation authentique à laquelle procède le législateur et selon laquelle l'acte législatif est par nature constitutionnel puisse se référer à une interprétation simplement doctrinale

53. C'est un topos constant, cf. notamment, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *TJE*, p. 293-315 et « Justice constitutionnelle et démocratie », in *op. cit.*, p. 329-346 (également publié in cette *Revue*, 1990, p. 29-48 et in Carlos-Miguel Herrera (sld), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, L'Harmattan, Paris, 1995).

54. *TJE*, p. 300, cf. également p. 208 s. : « ... la norme en apparence contraire à la constitution, est valide et il faut nécessairement pour l'admettre supposer qu'elle est en réalité conforme à la constitution, que celle-ci ordonne explicitement une certaine conduite et implicitement la conduite contraire ».

pour laquelle un tel acte pourrait ne pas être constitutionnel⁵⁵. Par ailleurs, la théorie des dispositions alternatives ne peut rendre compte de la violation de dispositions impératives, car celles-ci seraient alors à la fois impératives et simplement permissives ce qui est absurde⁵⁶. En troisième lieu, cette théorie constitue simplement l'application dogmatique du postulat de la non-dérivabilité du *sollen* à partir du *sein*⁵⁷. La *TRI* permettrait d'éviter ces difficultés en examinant simplement les « normes *en vigueur* », c'est-à-dire, selon sa conception, celles qui résultent d'une interprétation authentique. Et la même analyse peut facilement être élargie aux systèmes intégrant un contrôle de constitutionnalité : il y aura tout simplement un organe de plus dans le jeu des pouvoirs⁵⁸.

D'une manière plus générale, l'on comprendra également que la théorie des « dispositions alternatives » ne constitue pas non plus une contradiction dans le cadre de la *TPD* mais qu'en effet leur formulation peut facilement produire cette impression. La *TRI* voit ici une contradiction parce qu'elle considère déjà comme acquis que toute interprétation authentique constitue une norme valide en dehors de tout conditionnement normatif et qu'une interprétation authentique est non seulement un acte de production normative, mais aussi, en tant que tel, un acte qui fixe objectivement une signification. De ce point de vue il est évidemment erroné de dire qu'une norme puisse avoir été produite autrement que de la manière prévue par la constitution, car l'interprétation authentique est son propre et unique étalon.

Or, dans le cadre de la *TPD*, la théorie des dispositions alternatives n'est qu'un aspect de la théorie de la structure de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire de la manière dont l'ordre juridique conditionne la production normative. Il est exact que cela tient en dernier lieu à la non-dérivabilité du devoir-être à partir de l'être, considérée toutefois comme un principe logique qu'il ne serait pas possible de falsifier empiriquement. Dès lors, en effet, seule quelque chose déjà considéré comme une norme peut attribuer la qualité de norme à autre chose (à la signification de certains « actes de volonté »). Il existe dès lors deux options : soit l'ordre juridique attribue à un « organe » une compétence normative exclusive, soit elle attribue une compétence partagée de telle sorte que l'acte de production réalisé par un organe (ou ensemble d'organes) peut faire l'objet d'un acte de contrôle exercé par un autre organe (ou ensemble d'organes). Dans le premier cas, et dans ce cas seulement, il s'ensuit par hypothèse que la norme de compétence peut être transgressée puisqu'il n'existe aucun organe qui serait compétent pour censurer une telle violation. Il en résulte par définition que ces exigences, violables sans conséquences juridiques, ne sont pas des normes juridiques. Il s'ensuit alors que l'habilitation juridique effective n'est pas celle qui semble résulter des dispositions pertinentes, parce que certaines dispositions ne sont tout simplement pas des normes de droit. Voilà ce qu'exprime la « disposition alternative » : l'organe O est habilité à produire la norme de catégorie C. Il peut

55. *TJE*, p. 301.

56. *TJE*, p. 302.

57. *TJE*, p. 303.

58. « Le juge constitutionnel apparaît ainsi comme un élément d'un système comportant d'autres autorités avec lesquelles il a des rapports de force ou de coopération, d'où il résulte une interprétation de la constitution. L'interprétation est bien une récréation, mais celle-ci est le produit du système de relations entre les pouvoirs publics ».

le faire en respectant certaines conditions, mais il peut également le faire en ne les respectant pas. Cette théorie n'a jusqu'à présent rien de contradictoire, elle indique simplement que selon les normes pertinentes, l'organe O est autorisé à choisir entre F et non-F, c'est-à-dire entre deux alternatives⁵⁹.

Ce qui peut paraître étrange, c'est que les termes de l'alternative soient : respecter la constitution ou ne pas respecter la constitution, car comment la constitution pourrait-elle permettre, ainsi que le suggère la *TPD*, « ... de faire des lois non conformes aux dispositions qui règlent la législation »⁶⁰, c'est-à-dire autoriser à ne pas respecter la constitution? Or, la distinction opérée par la *TPD* est une autre, même si elle se présente sous une forme qui peut en effet prêter à confusion : c'est celle entre le « règlement direct » et le « règlement indirect de la législation »⁶¹. C'est bien la Constitution elle-même qui admet deux (ensembles d') alternatives : l'une se trouvant directement réglée, l'autre indirectement par l'exclusivité de la compétence, c'est-à-dire l'absence d'organe de contrôle. Il n'y a donc pas d'autorisation à ne pas respecter la constitution, mais à ne pas respecter le règlement direct. En d'autres termes, le législateur est tenu, s'il choisit de ne pas suivre ces règles, de suivre les règles indirectes.

Ces règles indirectes contiennent à leur tour un certain nombre de choix possibles, mais nullement l'autorisation de faire strictement n'importe quoi de sorte qu'il aurait mieux valu dire dès le départ que, de toute manière, la définition de la procédure et du contenu appartient uniquement au législateur en tant qu'interprète authentique et que la constitution n'a pas de caractère normatif juridique. En effet, il n'est pas possible de restreindre le contrôle au delà d'une certaine mesure : « Les organes appelés à appliquer la loi ne peuvent raisonnablement être habilités à appliquer en tant que loi tout ce qui se présente subjectivement comme telle »⁶². La violation des règles indirectes, en d'autres termes la transgression de l'habilitation, n'est plus constitutif d'un acte de législation, c'est un acte sans existence juridique⁶³. Si, par conséquent, il

59. Il s'agit bien de deux alternatives, à condition que l'organe ait choisi d'édicter une norme : il pourra alors se conformer à certaines exigences (F) ou bien ne pas s'y conformer (non-F), il n'y a pas de tiers, parce qu'en fait les deux alternatives sont deux *ensembles* exclusifs de choix possibles.

60. *TJE*, p. 301.

61. Kelsen, *op. cit.*, p. 277 : « La Constitution contient un règlement direct et un règlement indirect de la législation » (notre traduction). Michel Troper : « Pourtant quelques lignes plus loin, il [Kelsen] écrit qu'“il en résulte que les lois valables peuvent voir le jour d'autre façon que celle déterminée par la constitution” » (*TJE*, p. 301). Cette présentation omet précisément la distinction essentielle entre la réglementation directe et la réglementation indirecte. Ce qu'écrit Kelsen c'est que « la constitution habilite le législateur à produire des normes générales également par la voie d'une autre procédure que celle qui est réglée *directement* par les normes de la Constitution et à leur donner un autre contenu que celui que les normes de la constitution déterminent *directement* », *op. cit.*, p. 277 (notre traduction, c'est nous qui soulignons) : « Die Verfassung ermächtigt den Gesetzgeber, auch in einem anderem Verfahren als jenem, das durch die Normen der Verfassung direkt bestimmt ist, generelle Rechtsnormen zu erzeugen und diesen Normen auch einen andren Inhalt zu geben als jenen, den die Normen der Verfassung direkt bestimmen ».

62. Kelsen, *op. cit.*, p. 276.

63. Ou, si les organes d'application lui prêtent une existence juridique, il s'agit d'une révolution, mais alors on change d'ordre juridique. « Si cette question [de savoir si ce qui se présente subjectivement comme une loi a bien été édicté par l'organe que la constitution a autorisé à cette fin] est décidée par la négative par l'organe compétent [c'est-à-dire celui qui est appelé à appliquer la loi, O.P.], par exemple parce que ce qui se présente avec la pré-

n'existe pas de contrôle de constitutionnalité, l'habilitation est plus large (il y a plus d'alternatives constitutionnellement admises) que s'il existe un contrôle, mais il y a toujours une limite juridique entre ce qui satisfait les critères constitutionnels d'une norme et ce qui ne les satisfait pas. Et s'il existe toujours une telle limite, le contrôle de cette limite n'est pas éliminable. On pourrait donc dire qu'il existe un contrôle de constitutionnalité, même s'il n'y a pas de « contrôle de constitutionnalité », c'est-à-dire qu'il y a toujours des organes habilités à exercer un contrôle minimal inéliminable et le contrôle de constitutionnalité *proprie dictu* n'est qu'un renforcement de ces compétences, ou encore autrement : le contrôle de constitutionnalité est une question de degré et non une alternative entre le tout et le rien.

Or s'il y a toujours une limite, et par conséquent un contrôle minimal inéliminable, il est inexact que Kelsen aurait « ... oublié que, selon sa propre analyse, il est impossible d'affirmer que ces lois valables n'ont pas pu voir le jour selon la procédure déterminée par la constitution, car une pareille affirmation impliquerait une comparaison de l'interprétation authentique donnée par l'organe législatif avec une interprétation de doctrine érigée en standard »⁶⁴. Il est évidemment exact par hypothèse que l'opinion doctrinale selon laquelle une loi serait inconstitutionnelle n'a pas en elle-même de valeur juridique, mais il n'est pas exact que selon la *TPD*, l'organe d'application ne serait pas juridiquement habilité et obligé d'exercer le contrôle minimal inéliminable. Il se pourrait qu'il ne le fasse pas et il se peut que la délimitation exacte du minimum inéliminable ne soit pas si facile à établir, mais ce sont là des questions tout à fait différentes. Supposer que le fait que ce contrôle soit exercé ou ne soit pas exercé tranche en soi la question de la validité de la norme suppose que l'on ait déjà accepté les thèses de la *TRI*, non qu'elles aient été établies en raison d'une incohérence des affirmations attribuées à la *TPD*.

La *TRI* impute alors à la *TPD* une autre difficulté : les dispositions alternatives ne peuvent concerner que des habilitations et non des « dispositions impératives ». Or, une loi peut paraître contraire à une disposition impérative et dans ce cas une conduite serait « ... à la fois ordonnée et simplement permise ou encore à la fois interdite et permise, ce qui est évidemment absurde »⁶⁵. Il s'agit d'une erreur. La question n'est pas de savoir si une disposition concernant la production législative est impérative, mais de savoir si elle est une condition de validité. Les dispositions alternatives sont l'ensemble des habilitations permettant de produire une norme valide, leur transgression ne permet pas de le faire. Il y aurait contradiction si Kelsen considérait que les conditions nécessaires de la validité ne sont pas des conditions nécessaires de la validité, or rien n'indique un tel cheminement. Une norme impérative est en revanche une norme qui rend un comportement obligatoire et qui rend obligatoire la réalisation d'une

tention d'être une loi valide n'a pas été édicté par le Parlement autorisé par la constitution mais par un usurpateur, alors l'organe compétent pour le contrôle va refuser la publication ou l'application. Cela ne se produit-il pas et les normes générales édictées par l'usurpateur deviennent-elles efficaces, il y a alors une modification révolutionnaire de la constitution et, partant, une loi *constitutionnelle*, conforme à la nouvelle Constitution » (notre traduction, « constitutionnelle » (*verfassungsmäßig*) ne veut pas dire ici ayant un rang constitutionnel, mais édicté selon la – nouvelle – Constitution), Kelsen, *op. cit.*, p. 279.

64. *TJE*, p. 301.

65. *TJE*, p. 302.

sanction au cas où ce comportement n'est pas réalisé. Il s'agit d'un tout autre problème qui n'a, en soi, aucune incidence sur la question de la validité. Le président de la République peut être obligé sous peine de poursuites pénales de promulguer une loi pendant un certain délai sans que la non-promulgation ait une incidence sur la validité, comme il se peut que la non-promulgation fasse obstacle à l'entrée en vigueur sans qu'il s'ensuive la moindre sanction à l'encontre de l'organe habilité à la promulgation⁶⁶.

La divergence fondamentale entre les deux conceptions réside en ce que la *TRI* n'admet comme objectif que ce qui est testable en tant que fait observable et nie par conséquent en dernière analyse la possibilité même que l'on puisse analyser la signification d'un énoncé (ce qu'admet en revanche la *TPD*) puisque la signification n'est pas un événement observable. Une deuxième divergence en découle : la *TPD* admet qu'il puisse y avoir des rapports de dépendances spécifiques entre normes ce qui permet de comprendre qu'elles puissent former des structures hiérarchisées, alors que la *TRI* ne peut, en dernière analyse, admettre que des rapports de causalité entre des événements et ne peut, par conséquent, concevoir des rapports entre des normes édictées par des organes différents.

Il en résulte une troisième divergence qui concerne plus spécifiquement la problématique des dispositions alternatives. Analysant les structures normatives hiérarchisées, la *TPD* admet et cherche à expliquer un phénomène que d'autres théories considèrent comme inconcevables ou pathologiques : l'existence de normes « fautives », c'est-à-dire une distinction entre validité et conformité. De telles normes fautives appartiennent au système considéré, autrement dit, elles sont « valides » dans ce cadre, mais elles présentent certaines propriétés, autrement dit des « défauts » ou une « non-conformité » qui constituent la condition d'une procédure d'annulation ou de réformation sous l'égide d'un autre organe. Une autre construction est envisageable. Certains actes qui ne sont *pas encore* des normes du système, mais qui pourraient le devenir, pourraient en être empêchés à l'issue d'un contrôle de conformité *par anticipation*, confié à un organe compétent et différent du producteur de l'acte. C'est l'hypothèse d'actes non-encore-valides, mais éventuellement conformes (ou non-conformes). Contrairement à une opinion encore fort répandue, la théorie de la hiérarchie des normes n'est nullement une idéologie qui voudrait que tout soit en soi et par soi conforme à des normes « supérieures », mais une théorie qui analyse dans quelle mesure et comment les différents systèmes tâchent d'établir des

66. Il convient enfin de remarquer que selon la *TRI*, il est inconcevable « qu'une loi valide apparaisse contraire à une disposition impérative » (p. 302), puisque toute loi valide est par hypothèse une interprétation authentique, le réalisme est ici en contradiction avec lui-même. Il ne peut donc s'agir que d'une hypothèse prêtée à la *TPD*. Mais si la loi est valide au regard des critères de la *TPD*, c'est-à-dire selon les critères de validité de la constitution en question, il s'ensuit simplement que la disposition impérative n'est pas une condition de validité.

En deuxième lieu, il convient de noter que les ordres juridiques peuvent fort bien ne pas être logiquement cohérents. Il ne s'ensuit aucune incohérence pour la théorie qui les décrit. Il est vrai toutefois que Kelsen n'accepte cette idée que dans la dernière phase de son parcours telle qu'elle apparaît dans la *Théorie générale des normes* (PUF, 1996, traduction française de *Allgemeine Theorie der Normen. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter*, Wien, Manz, 1979), cf. sur ces questions notre compte rendu in *Droits*, 26 (1997), p. 197-207, et non dans la *Théorie pure du droit*.

rapports de conformité entre normes et qui montre qu'une mise en conformité stricte est impossible puisque la seule ressource des ordres juridiques consiste dans la différenciation nécessairement limitée des organes de production et de contrôle et le choix du moment de leur éventuelle intervention⁶⁷. Ne reconnaissant pas la possibilité de rapports entre normes, la *TRI* ne peut pas non plus admettre, mais pour des raisons opposées aux théories traditionnelles, l'existence de normes fautives, donc, par exemple, de normes illégales, inconstitutionnelles ou inconventionnelles mais uniquement celle de rapports de pouvoir où différents acteurs (qu'il serait alors préférable de ne pas appeler « organes ») se disputent des avantages stratégiques à travers des actions observables. Mais une telle conception repose sur des présupposés opposés aux prémisses de la *TPD*, elle ne peut pas se prévaloir des résultats d'une critique immanente.

III – LES RECONFIGURATIONS POSSIBLES

Dans toute théorie les éléments constitutifs doivent être logiquement consistants et ils doivent être indépendants les uns des autres. Or, si certaines prémisses paraissent à l'évidence faire partie des propositions premières, cela est beaucoup moins clair pour d'autres. La tâche se complique du fait que certaines thèses sont incompatibles avec certaines conséquences. Il va donc falloir reconfigurer la théorie de telle manière que soient préservés ses éléments essentiels, mais cela nécessitera l'abandon d'autres propositions.

A – LA QUESTION DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Certaines thèses sont à l'évidence fondatrices. Il s'agit de l'empirisme général, de l'empirisme sémantique, du volontarisme sémantico-normatif, de la thèse de l'interprétation efficiente, de l'ontologie du droit. L'empirisme général n'implique pas directement l'empirisme sémantique, car il se pourrait que certains objets ne soient pas observables ou qu'il s'agisse d'objets de deuxième

67. La théorie de la hiérarchie des normes est largement empruntée par Kelsen à son élève Merkl et souvent présentée sous une forme succincte et partielle. Cf. Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts », in *Juristische Blätter*, 47 (1918), p. 425-427, 444-447, 463-465, reproduit in Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck (éd.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Wien, Europa-Verlag, 1968, vol. 1, p. 1091 sq.; « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen*, Wien 1931, p. 252-294, reproduit in Klecatsky, vol. 2, p. 1311 sq.; Robert Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Wien, Manz, 1964; Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Wien, 1975; Stanley L. Paulson, « Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre », in Robert Walter (éd.), *Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz, 1990, p. 93 sq.; Heinz Mayer, « Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus », in Robert Walter (éd.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1992, p. 37 sq.; Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in cette *Revue*, n° 31 (1997), p. 481-509; du même auteur, « La hiérarchie des normes », in *Droit constitutionnel* (sld. Louis Favoreu, Dalloz, 4^e éd., 2001), p. 56-67.

ordre qui ne sont pas observables *en tant que tels*. Le volontarisme sémantico-normatif ne résulte pas non plus de l'empirisme sémantique, car il se pourrait que les actes de volonté ne puissent être exprimés à l'aide d'énoncés, il se pourrait que ces énoncés n'aient aucune signification et il se pourrait que les énoncés dont la signification consiste dans l'obligation (l'interdiction, la permission) de réaliser certaines actions n'expriment aucun acte de volonté.

La thèse de l'interprétation efficiente, enfin, complète les éléments de la sémantique de la *TRI*. Elle ne peut être déduite du volontarisme sémantico-normatif qui ne concerne que les seuls énoncés normatifs alors que l'interprétation efficiente ne nous apprend rien sur la spécificité de ces énoncés. Elle n'est pas non plus dérivable à partir de l'empirisme sémantique selon lequel les énoncés *ont* une signification, alors que selon cette thèse, la signification constitue le résultat d'un acte. Ces deux propositions sont difficilement compatibles. La *TRI* ne peut renoncer à la thèse de l'interprétation efficiente sans laquelle il n'est pas possible de montrer que c'est l'organe d'application qui fait la norme qui n'existait pas avant l'acte d'interprétation. Elle ne peut pas non plus se défaire de l'empirisme sémantique sinon elle ne pourrait pas dire que certains énoncés *sont* indéterminés. L'on peut éventuellement considérer que l'interprétation est en fait l'acte par lequel des énoncés indéterminés sont rendus déterminés, mais dans ce cas on ne peut pas dire que les textes n'ont aucune signification avant l'interprétation. On pourrait, tout au plus, affirmer que la signification est modifiée. La signification serait alors une donnée variable au gré de certains actes. Cela exige une modification des données originaires de la *TRI*, mais l'alternative la détruirait aussitôt, car le maintien de la thèse stricte de l'interprétation efficiente impliquant une détermination de la signification *ex nihilo* la rendrait d'emblée inconsistante (par rapport à l'indispensable empirisme sémantique). C'est par conséquent pour cette solution que l'on optera. Il s'ensuit que le principe de détermination normative doit également être corrigé en ce sens : un énoncé prescriptif n'a de signification *normative* que s'il est déterminé, car s'il n'en avait aucune, cela serait tout aussi bien en contradiction avec l'empirisme sémantique.

Le principe de spécificité constitue une simple limitation du domaine d'objet de la théorie, mais il dépend de l'ontologie du droit. Celle-ci n'est pas déductible de la théorie des normes, valable pour tout type de norme, quel qu'il soit. La spécificité du système juridique résulte ainsi d'une définition stipulative⁶⁸. Cette question n'est toutefois que rarement abordée de manière systématique et directe dans la *TRI*. Elle admet que le droit est bien, comme pour la plupart des théories non-réalistes, un système de normes. La construction proposée vise à le situer dans la factualité afin d'en faire un objet de science strictement empirique. En effet, ce qui fait d'une norme une norme juridique, c'est qu'elle « ... est jugée adéquate dans la société considérée »⁶⁹ et non pas, comme dans la *TPD*, qu'une autre norme (déjà juridique) lui ait attribué cette propriété. Que le jugement relatif au fait que la norme en question soit justifiée soit une question de fait est par hypothèse incontestable, mais n'entraîne

68. Il est toutefois remarquable que la *TRI* cherche à en justifier l'adéquation à partir d'une critique de la conception kelsénienne du droit comme système dynamique (cf. « Système juridique et État », in *TJE*, p. 160 sq.).

69. *TJE*, p. 174.

aucune conséquence en ce qui concerne la nature de l'objet ainsi considéré. L'ontologie du droit se trouve alors complétée par un élément qui suppose, sans en découler, la définition de l'interprétation : c'est le principe de l'efficacité interprétative (à ne pas confondre avec la thèse de l'interprétation efficiente qui concerne toute espèce d'interprétation). Selon cet élément de la théorie, certaines interprétations « produisent un effet dans l'ordre juridique » et ce sont elles qu'il convient de qualifier d'« authentiques ». L'on pourra admettre que « produire un effet » veut dire être la cause d'un ensemble d'événements, et plus particulièrement, d'événements observables.

La définition de l'interprétation pose un problème particulier. Selon la définition retenue, il s'agit de la détermination d'une signification, selon une autre proposition introduite incidemment, toute interprétation présuppose des évaluations⁷⁰.

B – LE STATUT DE LA JUSTIFICATION

Cette construction est problématique à plusieurs titres. Elle soulève des difficultés de cohérence interne, de double construction, de délimitation du domaine d'objet, et, dans le cadre de cette dernière, de statut modal des normes.

Un premier problème est interne à la construction de l'ontologie du droit. Certes le *fait* que l'on considère quelque chose comme « justifié » est une question empirique quelle que soit la signification de « justifié ». Mais le sens exact de « justifié » modifie entièrement les données de la question : s'agit-il de ce que les acteurs considèrent comme *juridiquement* justifié? Cela pourra difficilement servir de fondement pour une ontologie du droit puisque cela suppose qu'il en existe déjà une autre. Qui sont d'ailleurs les acteurs pertinents en matière de « considération de quelque chose comme justifié »? Ils ne peuvent pas être ceux qui produisent les actes en question, car alors cette caractérisation n'apporterait strictement rien (évidemment, les décideurs considèrent leurs actes normatifs comme justifiés). Mais si ce ne sont pas les décideurs, la véritable attribution de la normativité relèverait d'observateurs externes, c'est-à-dire que la production des normes serait le résultat de jugements doctrinaux ou simplement moraux ce qui serait en parfaite contradiction avec le scepticisme doctrinal et la démarche positiviste reposant sur une stricte séparation entre droit et morale. Quelles seraient enfin les données pertinentes pour établir de manière empiriquement incontestable le caractère « justifié » d'un acte normatif? Des données psychologiques? Elles paraissent passablement difficiles à recueillir et l'on voit mal comment se présenterait la réalisation d'un tel test pour chaque donnée juridiquement pertinente. Des commentaires exprimés? Mais d'abord quels seraient les commentaires considérés comme des considérations de justification ou de non-justification? Ensuite, et surtout, cela renverrait à nouveau à l'univers des observateurs qui deviendraient paradoxalement les véritables auteurs des normes.

70. TDDE, p. 6.

L'on est en deuxième lieu confronté à deux constructions concurrentes et se contredisant l'une l'autre. Selon la première, les normes juridiques sont celles qui sont considérées comme justifiées, selon la seconde, ce sont celles qui produisent un effet ; mais il se pourrait que des normes considérées comme justifiées ne produisent néanmoins peu ou guère d'effet (parce que les rapports de pouvoir permettent de n'en guère tenir compte) et il se pourrait que des normes que « l'on » considère comme entièrement « injustifiées » se traduisent dans la réalité sans aucune résistance.

La deuxième difficulté résulte du fait que la seconde construction semble considérer les interprétations authentiques comme constitutives de l'ordre juridique mais, en même temps, comme présupposant l'ordre juridique. En effet, la question de savoir si un acte d'interprétation produit un effet est incontestablement une question empirique et les résultats livrés par la réponse à cette question déterminent un domaine d'objet qui ne devrait pas être identique avec le système juridique puisque, selon l'hypothèse, il suppose l'existence du système juridique (« produit des effets dans l'ordre juridique »). Si l'on veut éviter ces difficultés, il faut choisir entre trois options. Les deux premières consistent dans l'identification des normes justifiées et des interprétations authentiques et dans le fait de leur prêter un caractère constitutif. Cela n'est évidemment possible que si l'on part de l'un des deux concepts et si l'on considère que l'autre n'en est en fait qu'un synonyme, ce qui peut paraître étrange, étant donné la construction du concept d'« interprétation authentique » comme *détermination* de la signification d'un énoncé. Au moins intuitivement, il semblerait que la justification de l'édition d'un énoncé rendant obligatoire, permis ou interdit un certain ensemble d'actions n'ait aucun rapport avec le degré de détermination sémantique des énoncés relatifs à ces actions. Mais étant donné que le maintien des deux constructions implique une contradiction, la démarche proposée équivaut à une élimination pure et simple de l'un des deux concepts. Si l'on choisit la justification comme point de départ, l'on s'expose aux difficultés rencontrées plus haut : le concept est largement indéterminé et la construction d'un test empirique semble aboutir à une contradiction avec les données élémentaires de la *TRI*. Si l'on veut s'engager dans cette voie, il faudra entièrement en réviser les fondements, c'est-à-dire développer une conception tout à fait différente. Cette option paraît trop coûteuse pour autant qu'il s'agit d'analyser la théorie réaliste de l'interprétation et non pas une théorie réaliste de la justification aux contours incertains⁷¹. Si l'on part par conséquent de l'interprétation authentique, l'on abandonnera la « justification » comme critère indépendant et dans ce cas il va falloir considérer l'ensemble des actes de détermination de signification d'énoncés prescriptifs indéterminés comme définissant l'*ordre juridique*. On optera d'abord pour une conception large ou inclusive au sens où l'on admettra comme élément du système juridique *toute* détermination conçue comme l'application d'un texte prescriptif indéterminé, c'est-à-dire tout acte n'ayant pas une simple visée de connaissance, d'ailleurs condamnée d'avance. Cette démarche offre un double avantage : elle respecte strictement la

71. On peut certes concevoir la *TCA* comme une telle théorie et certains passages semblent l'indiquer, mais il s'agit alors d'une construction qu'il convient d'analyser à titre propre et qui n'a, semble-t-il, nullement vocation à se substituer à la *TRI*, mais plutôt à la compléter (cf. note 11).

thèse de l'interprétation efficiente en tant qu'elle n'intègre que les seules normes résultant d'une interprétation authentique et en les intégrant toutes, mais elle maintient aussi la différence modale entre ces normes et leur éventuelle réalisation. Il en résulte aussi, cependant, un inconvénient majeur, car les normes ainsi obtenues pourront justement ne produire aucun effet *dans la réalité*. Or, si on les considère comme constitutives de l'ordre juridique afin d'éviter qu'il y ait des normes *avant* les normes, on les prive simultanément de l'efficacité qu'entendait assurer le principe de l'efficacité interprétative. Faute de produire un effet dans l'ordre juridique, elles pourraient ne produire aucun effet du tout, du moins en termes de respect et d'obéissance des normes ainsi produites. Une telle lecture serait certes parfaitement compatible avec l'empirisme général, avec l'empirisme sémantique et même avec la thèse de l'interprétation efficiente, mais le principe de l'efficacité interprétative deviendrait incompréhensible. Si, par conséquent, l'on veut construire ce principe comme constitutif de l'ontologie du droit et si l'on veut que l'efficacité soit factuelle, alors il faut admettre qu'il s'agit d'une donnée primitive (non-déductible), que non seulement les énoncés et les interprétations sont des faits, mais que seuls les interprétations effectivement *réalisées* sont des interprétations, c'est-à-dire des normes. Le réductionnisme n'en est qu'une autre formulation. Au-delà de l'empirisme, l'identité du fait et du droit est une donnée originaire de la *TRI*.

Mais on ne fait que déplacer la difficulté. Car si, selon la *TRI*, les acteurs produisant des interprétations authentiques sont des éléments dans une structure de pouvoir, il importe de savoir quel est le statut causal des actions par lesquelles les uns agissent sur les autres. De ce point de vue, les interprétations authentiques ne peuvent bénéficier du moindre privilège, car la seule question admissible est alors simplement celle de savoir quel ensemble d'actions, et, plus largement, d'événements produit quels effets dans quel domaine? Il se pourrait que des textes, des interprétations, mais tout aussi bien des actes sans le moindre rapport avec des textes ou des interprétations au sens de la *TRI*, exercent une influence sur les acteurs du jeu de pouvoir. Si l'on s'aide en appelant simplement les événements à force causale des « interprétations », cela constitue certes un coup parfaitement admissible du point de vue terminologique, mais l'on s'éloigne alors conceptuellement du référent originellement visé. Un coup de téléphone, un regard persuasif, un geste menaçant, bref tout ce qui est susceptible de modifier les motivations d'un acteur est alors une « interprétation », sans pour autant présenter un quelconque rapport avec des « textes » ou des déterminations de signification si ce n'est que toute relation pragmatique peut être considérée comme sémantique au sens large.

La thèse réductionniste construit les normes comme des faits, considère le droit comme intégralement factuel. Dès lors, le domaine « droit » n'est plus discernable ni identifiable comme tel parmi les phénomènes de la structure du pouvoir de la société considérée. Ou encore : puisque droit et rapports de pouvoir sont strictement la même chose, tout ce qui relève des rapports de pouvoir relève du droit et vice-versa. Mais si le droit n'existe pas *en tant que phénomène distinct*, il n'est évidemment pas non plus possible d'en parler comme s'il s'agissait néanmoins d'un phénomène distinct. Or, ce résultat est en contradiction avec le principe de spécificité. La *TRI* considère (prémisse 5b) que l'ordre juridique et les interprétations produites dans ce cadre sont quelque chose que l'on

peut identifier et analyser à titre propre. En revanche, si droit et politique sont strictement indiscernables, cela est strictement impossible. Si l'on veut éviter la contradiction, l'on est par conséquent confronté à un dilemme : il faut soit renoncer au réductionnisme, soit au principe de spécificité. Dans les deux cas, l'on abandonne l'une des données fondamentales de la *TRI*.

L'on pourra éventuellement chercher à surmonter cette difficulté en admettant que le domaine du droit n'est autre chose que l'ensemble des phénomènes linguistico-pragmatiques où il est question de « droit ». Étudier le droit n'est donc autre chose qu'étudier les occurrences des références au « droit » dans le discours des acteurs du jeu de pouvoir. Mais on rencontre alors deux autres problèmes. Il faudra en effet d'abord déterminer la référence de droit dans le discours des acteurs car autrement il ne sera pas possible de déterminer les occurrences pertinentes du discours. Ces critères ne pourront pas être purement phonétiques (quelqu'un prononce les sons *droit*), car il s'agit bien de savoir s'il y a usage du concept (la référence de *droit* pourrait être une direction, une vertu morale ou autre chose encore). Or, la *TRI* ne livre aucune indication permettant de fixer cette référence. Mais, par ailleurs, l'on risque de perdre ainsi la vision unifiée et critique du champ de la politique, car les occurrences linguistiques mentionnant le droit pourraient être externes aux rapports de pouvoirs et les rapports de pouvoir pourraient se passer de références explicites au « droit ».

C – LE STATUT DE LA NORMATIVITÉ

Ces difficultés proviennent dans une large mesure du statut incertain de la normativité dans la *TRI*. Selon cette théorie, il existe des normes qui résultent d'une opération de détermination interprétative et c'est cette opération qui les distingue des textes qui, faute de détermination, n'ont justement pas de valeur normative. Mais en quoi consiste exactement la normativité de ces normes ? Il ne peut simplement s'agir de la signification d'énoncés rendant obligatoires, permis ou interdits certaines actions humaines, car alors il se pourrait que ces actions, pour déterminées qu'elles soient, ne soient guère réalisées. Or, ce serait en contradiction avec le principe de l'efficacité interprétative. Si, en revanche, l'on ne retient que les énoncés qui exercent effectivement un pouvoir causal, il se pourrait fort bien que l'on y trouve des occurrences dépourvues de tout élément normatif (au sens où il y serait question d'un ensemble d'actions obligatoires, permises ou interdites). Mais le principe d'efficacité *interprétative* suppose qu'il y ait bien détermination de la signification *normative* d'un texte. Le principe souffre par conséquent d'une contradiction interne. Il en résulte un dilemme, car il faut abandonner soit l'efficacité comme critère d'identification des normes, soit la normativité des textes authentiquement interprétés.

Un problème analogue se pose pour l'utilisation du concept de « validité ». Une interprétation est authentique parce qu'elle est la signification d'un acte de volonté et par conséquent une norme valide. Mais la validité ne peut être simplement la marque de quelque chose à quoi un texte aurait attribué cette propriété puisqu'un texte n'a pas de qualité normative. En revanche, les organes semblent bien institués par des textes et c'est parce qu'ils sont institués que les interprétations qu'ils produisent sont des normes valides. Il se pourrait toute-

fois fort bien qu'une interprétation authentique ne donne aucun effet ou ne soit pas respectée, ce qui est gênant au regard du principe de l'efficacité interprétative. On dira que seuls les actes efficaces sont des normes, et, partant, valides. Mais alors il se pourrait que certaines normes valides ne soient pas des interprétations authentiques, par exemple parce qu'ils ne déterminent pas la signification d'un « texte ». Il faut donc dire que les actes effectifs dans les rapports de pouvoirs sont des interprétations authentiques et que les interprétations sont des normes valides. Or, il se pourrait à nouveau que ces actes ne présentent aucun rapport avec des textes et qu'il faille, par convention, les appeler des « interprétations », alors que des actes de détermination de signification de textes, réalisés par des organes d'application, mais pour une cause quelconque non suivis d'effet, ne seraient pas des interprétations authentiques et, partant, ne seraient pas non plus des normes valides.

D – RECONSTRUCTION

Si l'on considère les difficultés que soulève la construction complexe de la *TRI*, il apparaît préférable d'en abandonner les éléments qui la rendrait d'emblée impraticable. Afin d'éviter toute détermination normative préalable des interprétations, l'on concevra le principe de l'efficacité interprétative comme un principe concernant l'ontologie de l'ordre juridique : les interprétations sont constitutives du système juridique en tant que système de normes. Le réductionnisme strict rend, par hypothèse, les interprétations indiscernables d'actes non-normatifs et détruit le principe de spécificité. On renoncera par conséquent au réductionnisme sans abandonner l'empirisme : il est un fait observable que l'on produise une norme et les conséquences de ce fait le sont également, en revanche, la norme demeure une signification contrefactuelle qui peut fort bien ne pas être respectée, donc être dépourvue d'efficacité.

L'on admettra pour les besoins de la cause qu'il est possible de réorganiser la *TRI* en admettant les propositions suivantes :

- 1) Les interprétations authentiques sont des normes : elles rendent obligatoires, permis ou interdits certains comportements humains déterminés, indépendamment de leur réalisation effective.
- 2) Les interprétations authentiques sont constitutives de l'ordre juridique.
- 3) Les interprétations authentiques sont le fait d'organes appliquant librement (sans obligation juridique préalable) des textes indéterminés.
- 4) Les effets pragmatiques des interprétations authentiques sont observables selon les méthodes empiriques des sciences sociales.

Les producteurs d'interprétations authentiques seront donc des acteurs dans les rapports de pouvoir sans que pour autant tout acteur soit nécessairement un interprète authentique et sans qu'il le soit dans la seule mesure où ses actions constituent la cause et la raison d'une autre action humaine. Selon cette reconstruction, l'efficacité des interprétations authentiques peut être empiriquement testée, alors que selon la construction de départ, ce ne sont que les actions ayant effectivement un effet sur d'autres actions qui peuvent être considérées comme des interprétations authentiques. On pourra même admettre, à titre d'hypothèse, que les interprétations authentiques seront suivies dans la plupart des

cas. Cela permet au moins de retenir certains éléments très importants de la *TRI* : l'indétermination des textes, la thèse de l'interprétation efficiente, le volontarisme interprétatif, la liberté de l'interprète, le scepticisme doctrinal.

Notre thèse sera que même sous cette forme modérée, la *TRI* rencontre des obstacles qui la rendent inutilisable.

IV – LES DIFFICULTÉS INSURMONTABLES

Le maintien conjugué de l'efficacité interprétative, du volontarisme normatif et du principe de détermination normative conditionne une conception du droit comme ensemble d'interprétations authentiques et de l'impossibilité d'une discipline scientifique neutre permettant d'analyser autre chose que ces interprétations authentiques en tant qu'événements factuels, rejetant ainsi toute autre tentative (sauf, naturellement, sous la forme complémentaire de la *TCJ*) dans le domaine de l'idéologie (scepticisme doctrinal). Le levier de cette démarche consiste dans l'idée que seul l'interprète authentique détermine objectivement la signification des textes (détermination normative et réalisme interprétatif). Mais le principe de détermination normative est lui-même indéterminé et son analyse fait apparaître non seulement que sa construction interne implique des problèmes insolubles (A) mais aussi qu'elle renvoie à une conception de l'objectivité en conflit avec ses propres prémisses (B).

A – CONFUSION ÉPISTÉMOLOGIQUE

La *TRI* ne comporte pas seulement une thèse négative, mais aussi une forte thèse positive. Elle limite d'abord l'interprétation à celle qu'elle appelle « authentique », mais encore entend-elle montrer par là que tout ce qui pourrait, en dehors de ce seul domaine, se voir qualifié d'« interprétation » ne possède aucune valeur en termes de connaissance : la *TRI* est une théorie de l'interprétation en tant qu'elle lie le volontarisme interprétatif au scepticisme doctrinal. La détermination de la signification d'un énoncé est l'effet d'un acte de « volonté » et non le résultat d'une opération de connaissance mais à l'inverse il ne peut y avoir de connaissance relative à la signification d'un texte, et ce qui prétend l'être n'est pas une interprétation. En ce sens, il n'y a donc qu'une espèce d'interprétation et une seule, l'interprétation dite doctrinale n'a de l'interprétation que le nom et l'objet qu'elle dénote n'existe pas. Or ce résultat négatif est complété par une thèse positive : si l'interprétation doctrinale n'a aucune vertu de connaissance, c'est à l'inverse l'interprétation authentique qui permet exclusivement d'y accéder. Le scepticisme doctrinal se trouve ainsi lié à un *cognitivism organique* (à l'idée que les interprétations produites par les organes donnent directement accès à la connaissance).

Cet argument est trivial pour autant qu'il est exact et fallacieux pour autant qu'il est intéressant. Il est exact et trivial qu'une opération de détermination de signification qui n'aurait pas de valeur normative ne peut en effet revendiquer de valeur normative ; mais il est faux qu'il ne puisse y avoir *aucune* connaissance

de la signification d'un énoncé et il est parfaitement absurde de considérer que la deuxième proposition serait la conséquence *logique* de la première.

1 – L'indétermination de la « détermination »

Si l'objet de l'interprétation consistait dans l'affirmation d'une détermination de signification ayant en tant que telle le statut d'une norme juridique *en dehors de toute procédure instituée en vue de pareil effet*, ou, comme dirait la *TRI*, sans que l'interprète ait le statut d'organe d'application, alors l'interprétation doctrinale n'aurait effectivement aucun objet. Il se pourrait évidemment que la « doctrine » soit habilitée, en tant que doctrine, à produire des normes dans certains systèmes⁷², mais alors elle n'agit plus en tant que doctrine *au sens de la TRI*, elle est dans ce cas l'un des interprètes authentiques, alors que l'interprétation doctrinale serait justement le fait de ceux qui ne seront pas regardés comme représentant vraiment la « doctrine » au sens de ce système.

La prémisse de l'argument intéressant consiste à dire que l'interprétation authentique *détermine* une signification, alors que l'interprétation doctrinale *détermine* pas de signification⁷³. Une discussion de cette prémisse exige une clarification préalable de l'utilisation des termes « interprétation » et « détermination ». Or « déterminer » peut signifier au moins trois choses tout à fait différentes et la stratégie de la *TRI* consiste à prêter à l'une ce qui relève de l'autre, alors que les unes et les autres sont conceptuellement incompatibles.

En premier lieu il convient de distinguer la détermination en tant qu'*opération* et la détermination en tant que *propriété*. On parle de la *propriété* lorsqu'on dit qu'est « déterminé » l'énoncé dont la signification est définie en extension et en intension : l'on peut dire alors pour tout objet qu'il est ou qu'il n'est pas visé par les concepts utilisés et pour chaque concept utilisé, il est alors possible de dire comment l'on arrive à la délimitation des objets qu'il vise. Autrement il y a indétermination. Si l'on parle en ce sens d'un énoncé déterminé, on lui attribue une certaine propriété sémantique, indépendamment des procédures permettant d'attribuer cette propriété à un énoncé ou de l'action dont cette propriété pourrait constituer le résultat.

En tant qu'*opération*, « détermination » peut avoir au moins trois significations différentes. a) Il peut s'agir d'une opération *qui ne modifie pas son objet*, mais qui en vise une connaissance précise selon des méthodes appropriées. « Déterminer la signification d'un énoncé » ne veut pas dire alors que l'on remplace une signification par une autre ou que l'on produise une signification qui n'existait pas, mais que l'on analyse une signification donnée, indiquant avec le plus grand degré de précision possible en quoi elle est indéterminée ou en quoi elle est déterminée. Appelons cette opération « interprétation analytique ». L'interprétation doctrinale peut être une interprétation analytique si elle en respecte les exigences et elle peut ne pas l'être si son propos consiste à modifier son

72. Comme en droit international ou en droit canonique (si toutefois l'on peut considérer le droit canonique comme un ordre juridique ce qui, pour le moins, n'est guère évident).

73. Certes, toute interprétation détermine une signification, mais l'interprétation doctrinale est à ce titre dépourvue de valeur objective et encore s'agit-il de savoir exactement ce que l'on entend par « déterminer ».

objet selon les sens b) et c)⁷⁴. b) Il peut en deuxième lieu s'agir d'une opération qui suppose qu'un objet n'ayant pas de limites précises soit modifié de telle manière que ses limites soient dorénavant précises. En ce sens on ne peut évidemment pas non plus déterminer quelque chose qui n'existe pas, et en effet, la *TRI* suppose explicitement que l'objet de la détermination soit quelque chose d'indéterminé, à savoir ce qu'elle appelle un « texte ». Appelons cette opération « interprétation textuelle (substitutive) » ou encore « détermination textuelle (substitutive) ». c) Mais, en troisième lieu, « déterminer » pourrait aussi vouloir dire produire un objet sans rapport sémantique avec un objet déjà donné. En ce sens, il n'est évidemment possible de déterminer que ce qui n'existait pas jusqu'alors, c'est-à-dire produire un nouvel objet précisément défini. Appelons cette opération « interprétation créatrice » ou « détermination créatrice ». Ce n'est en aucun cas une interprétation analytique puisqu'il n'existe par hypothèse aucun objet susceptible d'être soumis à une analyse sémantique. Mais il se pourrait également qu'une telle détermination ait lieu *en référence à un texte* sans qu'il y ait d'autre rapport avec ce texte que l'affirmation selon laquelle la détermination serait produite « en son application ». Par rapport à ce texte, ce serait bien une interprétation créatrice, mais en tant qu'acte, elle comporterait un « renvoi » à un objet donné. La fonction de cette référence consisterait uniquement dans l'identification d'un texte. On parlera alors d'« interprétation créatrice référentielle ». Si la référence ne vise pas seulement l'identité du texte, mais son contenu, l'on retrouve l'hypothèse d'une interprétation textuelle. Mais alors qu'une telle référence paraît constitutive de l'interprétation textuelle, sa nature même semble problématique et son utilité directe mystérieuse dans le cas d'une interprétation créatrice. Si l'interprétation n'a aucune visée normative, le renvoi est simplement un élément faux qui permet de montrer que l'interprétation en question n'est justement pas une interprétation analytique de l'objet auquel elle se réfère. Si l'interprétation créatrice consiste dans la production d'une norme, alors une référence textuelle peut avoir plusieurs fonctions. Soit il s'agit d'un élément purement parasitaire, soit l'identification d'un texte comme étant l'objet dont l'interprétation constitue la détermination *signifie* que le texte la conditionne sémantiquement, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une interprétation textuelle. Or, comme, selon l'hypothèse, il ne s'agit pas d'une interprétation textuelle, une référence textuelle non-parasitaire est fautive. La thèse du *réalisme interprétatif* peut alors être comprise de deux manières : soit qu'une fautive référence n'entraîne jamais de conséquences quant à la validité normative de l'interprétation, soit que toute référence à un texte est strictement parasitaire et par conséquent entièrement indépendante de la validité normative.

Une interprétation analytique ne peut pas être une interprétation textuelle substitutive qui, à son tour, ne peut être une interprétation créatrice et vice versa. Il ne peut donc y avoir aucun recoupement.

Par ailleurs, la *TRI* utilise le terme « interprétation » pour des opérations fondamentalement différentes. Ce qu'elle appelle « interprétation authentique » est un acte de production normative *objectivement juridique* par détermination créatrice ou textuelle; ce qu'elle appelle « interprétation doctrinale »

74. La *TRI* devra alors tâcher de montrer qu'une telle opération est impossible. Il apparaîtra qu'une telle preuve n'est nullement proposée et que si elle était fournie, il en résulterait une contradiction avec ses prémisses constitutives (cf. III A 2).

sont des opérations de détermination textuelle ou créatrice qui n'ont pas de valeur normative *juridique*. Le scepticisme doctrinal veut alors dire que même une détermination textuelle ne contient aucune information objective relative au texte auquel elle se réfère, en d'autres termes que le choix qu'elle opère ne peut pas être identifié comme le choix d'une alternative objectivement contenue dans le texte, et qu'il ne peut y avoir d'interprétation analytique. Selon la *TRI*, toute production normative se fait par détermination textuelle ou créatrice, c'est-à-dire par imposition d'obligations (permissions, interdictions) concrètement définies. Il serait préférable d'appeler ces opérations « concrétisations » et l'on considèrera cette expression par la suite comme équivalente à celle d'« interprétation authentique ». Par rapport au deuxième terme, le premier a simplement l'avantage de souligner la spécificité d'un acte qui n'apporte, selon les termes mêmes de la *TRI*, aucune connaissance, alors que le terme « interprétation », évoque habituellement des données cognitives. On évite ainsi l'idée paradoxale qu'il puisse y avoir des opérations cognitives non-cognitives.

Une interprétation ou détermination analytique n'implique par définition aucune évaluation puisqu'elle n'opère aucune sélection. Elle ne relève donc pas de l'interprétation doctrinale au sens de la *TRI*.

Ces précisions font aussitôt apparaître deux types de difficultés sous-jacentes dans la construction de la *TRI* : elle admet simultanément des alternatives incompatibles et elle renvoie en fait au statut d'organe le seul critère de la normativité.

Toute interprétation authentique concerne alors, selon les données de la *TRI*, l'hypothèse où il existerait un texte (un ensemble d'énoncés), mais où, cependant, il y a production d'une signification sans rapport conditionnant avec ce texte. Un rapport entre l'ensemble des significations possibles et la signification sélectionnée n'est certes pas exclu, mais il n'entraîne justement aucune conséquence en ce qui concerne la production de la signification qui n'en est pas conditionnée et n'en tient aucun compte. Elle constitue ainsi une détermination au sens de l'interprétation créatrice. La thèse de l'interprétation efficiente comme le principe de l'indétermination textuelle visent l'interprétation textuelle, mais le volontarisme interprétatif et la thèse selon laquelle les normes résultent exclusivement de l'interprétation authentique ne sont compatibles qu'avec l'interprétation créatrice et l'interprétation créatrice est incompatible avec l'interprétation textuelle. L'on est alors confronté à une série de difficultés.

La *TRI* affirme que l'interprète authentique n'est pas lié. Il peut, en d'autres termes, introduire toute « interprétation » qui lui semble bonne, même si elle ne présente aucun rapport avec le texte. Or, si cela est vrai, la thèse de l'interprétation efficiente ainsi que le principe de l'indétermination textuelle sont faux, car alors il ne peut y avoir d'interprétation textuelle. Et inversement si ces thèses sont vraies, il ne peut y avoir d'interprétation créatrice. Or la théorie ne permet pas de choisir entre des alternatives incompatibles.

Au regard de ces précisions il apparaît aussitôt que la valeur normative ne résulte pas de la détermination, quel que soit le sens que l'on donne à ce terme. La valeur normative est par définition exclue pour l'interprétation analytique, mais elle peut avoir lieu ou ne pas se produire dans les autres cas de figure. La *TRI* le reconnaît d'ailleurs en liant l'interprétation au statut d'organe. Il appa-

raît, en deuxième lieu, qu'une interprétation doctrinale analytique ne détermine pas de signification au sens de l'interprétation textuelle ou créatrice, mais elle constitue par définition une détermination au sens où il s'agit justement d'une analyse sémantique. Sans avoir de valeur normative, elle peut donc parfaitement être déterminante. En revanche, l'interprétation textuelle comme l'interprétation créatrice peuvent fort bien avoir lieu dans le cadre de l'interprétation doctrinale non-analytique. Une interprétation doctrinale peut donc très bien être déterminante sans avoir de valeur normative. Le cas de l'interprétation authentique au sens de la *TRI* est ainsi simplement celui d'une interprétation textuelle ou créatrice ayant valeur normative parce qu'elle a été produite par un organe. La *TRI* devra donc produire un critère précis et autonome permettant d'identifier un tel organe.

2 – Le scepticisme auto-contradictoire

L'on peut alors très facilement montrer que le scepticisme doctrinal ne peut pas, toujours selon les propres données de la *TRI*, être déduit du réalisme interprétatif parce qu'il ne concerne par hypothèse, en tant que telle, que la production normative et non la connaissance des normes produites. Si l'on veut alors maintenir la thèse, il faut renoncer au scepticisme (*a*), si on veut maintenir le scepticisme, on s'engouffre dans une contradiction (*b*).

a) Même si l'on accepte que seule la concrétisation (« interprétation authentique ») opère une détermination sélective ayant le statut de norme juridique, cela ne dit rien sur les propriétés d'autres opérations de détermination. L'interprétation authentique résume des modalités de production normative (réalisme interprétatif). Or, produire une norme, par quelque procédé que ce soit, ce n'est pas produire des informations ou présenter le résultat d'une analyse scientifique, c'est le fait d'imposer des obligations ou des interdictions ou d'offrir des permissions d'agir. Obliger, interdire ou permettre n'apprend *rien* (volontarisme interprétatif), c'est donc au contraire une question ouverte que de savoir en quoi consistent les obligations, permissions ou interdictions en vigueur dans un système donné. La production d'une norme ne peut pas répondre à la question : en quoi consiste la norme⁷⁵? Autrement dit, une interprétation authentique (concrétisation) ne dit par hypothèse absolument rien sur la signification des textes puisqu'elle consiste au contraire et par définition dans la *production d'une autre signification*.

Si l'on admet que les normes constituent la signification d'un acte de volonté, qu'elles ne sont pas des actes de connaissance et qu'elles résultent d'in-

75. On peut arriver à la même conclusion de la manière suivante : la *TRI* identifie l'interprétation à la production normative et exclut la possibilité même d'une « interprétation doctrinale » en raison du manque de caractère normatif. Cette thèse n'a aucun intérêt s'il s'agit simplement de dire que parce que l'interprétation doctrinale n'a pas le statut de norme elle ne peut pas, en effet, revendiquer un tel statut. Il s'agit d'une simple tautologie dont le rappel ne peut concerner que ceux qui prétendent quand même qu'en tant qu'interprètes doctrinaux et en dehors de l'hypothèse d'une habilitation spécifique, leur production interprétative aurait néanmoins une valeur normative. De telles prétentions sont probablement renouvelées quotidiennement en très grand nombre, mais elles sont clairement absurdes et ne présentent aucun intérêt théorique. La thèse intéressante est autre, elle affirme l'impossibilité de toute interprétation analytique.

interprétations créatrices, cela ne permet nullement d'exclure qu'il puisse y avoir une connaissance de la signification des actes de volonté ainsi que des énoncés qui expriment cette connaissance, autrement dit qu'il puisse y avoir une interprétation analytique des normes. En effet, une connaissance de ces significations ne vise nullement à les « déterminer » au sens de l'interprétation créatrice qui implique un choix non lié par une quelconque référence (ni au sens de l'interprétation textuelle qui implique une sélection à partir d'options données), mais la présentation articulée des significations déjà déterminées ou encore indéterminées (c'est-à-dire des propriétés d'un objet donné). Elle ne résulte pas d'un acte de volonté puisqu'elle n'opère aucune sélection. Il faut donc prouver le scepticisme doctrinal par d'autres moyens et l'on verra que tous les arguments avancés par la *TRI* sont en fait en contradiction avec lui.

Une telle connaissance ne peut être exclue *a priori* puisque, même si la *TRI* était vraie, la seule chose qui serait *a priori* exclue serait que cette connaissance ait une valeur normative. Si l'interprétation *au sens de la TRI* n'est pas un acte de connaissance, il n'en résulte à l'évidence nullement que la connaissance (*l'interprétation analytique*) ne soit pas un acte de connaissance et il n'en résulte nullement qu'elle serait *a priori impossible*.

b) Car pour prouver qu'elle serait *a priori impossible*, il faudrait montrer que l'on ne puisse jamais montrer en quoi consiste une signification. Or non seulement la *TRI* ne propose aucune preuve de l'impossibilité d'une interprétation analytique, elle repose au contraire sur cette possibilité comme l'une de ses données constitutives. En effet, si on ne peut pas montrer en quoi consiste une signification, l'empirisme sémantique (thèse 2 de la *TRI*) est faux. Sont alors également fausses toutes les thèses de la *TRI* affirmant qu'un énoncé aurait telle ou telle signification ou que cette signification serait déterminée ou indéterminée. Or, la thèse de l'impossibilité d'une interprétation doctrinale analytique s'appuie sur des données qui relèvent de l'interprétation doctrinale analytique (quel que soit le degré d'exactitude de ces analyses). Le scepticisme doctrinal est par conséquent contradictoire en soi.

En effet la *TRI* n'est pas elle-même une interprétation authentique de quoi que ce soit, elle ne peut donc pas déterminer des significations au sens de l'interprétation créatrice. Elle suppose, néanmoins, que certains énoncés aient une signification normative déterminée (propriété) et que l'on puisse le montrer. Ce sont justement ceux auxquels elle attribue la propriété d'interprétations authentiques pour autant qu'ils soient imputables à des organes. Or, si l'on peut dire de quelque chose que cela constitue une interprétation authentique sans bénéficier soi-même du statut organique d'interprète authentique, l'on procède à une interprétation analytique. Il s'agit par conséquent d'une théorie auto-contradictoire qui affirme en termes d'interprétation analytique qu'il ne peut pas y avoir d'interprétation analytique.

La *TRI* hésite certes, l'on s'en souvient, entre deux conceptions de la science empirique du droit. Selon la version radicale, une telle science ne saurait exister puisqu'il ne peut y avoir qu'une science sociale générale des rapports de pouvoir et non une science spécifique du *droit*. Mais dans ce cas, l'on retrouve toutes les difficultés que l'on a cherché à résoudre grâce à une reconstruction qui ne détruit pas le principe de spécificité (III, D). L'on est donc ramené à la solution selon laquelle la science du droit serait celle des normes valides, autre-

ment dit des interprétations authentiques. Selon cette conception, les normes sont considérées non comme des entités idéales⁷⁶, mais comme des objets strictement empiriques qu'il serait possible de décrire sans aucune évaluation. Il n'en demeure pas moins qu'il faille bien identifier l'objet empirique « norme valide », *id est* « interprétation authentique ». Dans ce cas, il y a donc bien, selon la *TRI*, une science objective et neutre d'un domaine *spécifiquement normatif*. Or, une norme est la signification d'un acte de volonté et par conséquent son identification suppose nécessairement un critère sémantique.

L'on pourrait alors être tenté de dire que l'on ne procède nullement à une interprétation analytique qui suppose une connaissance impossible, mais que l'on ne ferait que parler abstraitement des objets d'une telle connaissance sans posséder les moyens d'acquérir cette connaissance et sans parler concrètement de tel ou tel de ses objets. La *TRI* se rapprocherait alors d'un réalisme métaphysique selon lequel il existe bien une certaine réalité objective (les significations normatives déterminées), mais dont la connaissance serait inaccessible. Mais si cette connaissance était en tant que telle inaccessible, la théorie n'aurait aucun intérêt, puisque personne n'aurait jamais pu savoir qu'une norme a été produite. Or, dans ce cas, le principe d'efficacité s'effondre à son tour. Et il faudrait abandonner toutes les analyses visant justement à montrer en quoi consiste la signification d'un énoncé établissant une interprétation authentique⁷⁷. Le seul moyen de sauver la théorie consisterait alors dans la thèse additionnelle selon laquelle une norme peut être produite, efficace et réalisée sans aucun acte cognitif. Mais en dehors du fait qu'une telle affirmation paraît passablement absurde, l'on ne comprendrait plus du tout pourquoi les interprètes authentiques s'attacheraient à produire des énoncés ayant une signification normative déterminée, car cela semble bien supposer que les destinataires de ces normes seraient capables d'en comprendre la signification et d'agir en conséquence (ou au contraire de la violer en connaissance de cause).

76. Conception « hylétique », attribuée à Kelsen, du moins à celui de la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* par la *TRI* à la suite de Carlos Alchourrón et Eugenio Bulygin, « The expressive conception of norms », in Risto Hilpinen (éd.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1981, p. 95-125 ; cf. également Eugenio Bulygin, « Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms » in *Law and Philosophy*, 4 (1985), p. 145-163. La position de la *TRI* est développée, in Michel Troper, « Les thèses volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », *TJE*, p. 57 sq.

77. Les occurrences de ces interprétations doctrinales à visée analytique sont plus nombreuses. Il est d'ailleurs curieux qu'elles soient souvent présentées en tant qu'interprétations doctrinales et simultanément en tant qu'argument visant à montrer la validité de la théorie. Cf. par ex. *TJE*, p. 335, l'argument qui sert à illustrer le réalisme interprétatif : « Ainsi, lorsqu'il décide que certains articles d'une loi de nationalisation "ne sont pas, en ce qui concerne le caractère juste de l'indemnité, conformes aux exigences de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", c'est qu'il a choisi une interprétation du mot "juste" contenu dans la Déclaration, telle que les dispositions en question apparaissent en effet contraires à la constitution. Mais il aurait pu choisir une interprétation différente, telle que la loi apparaisse cette fois conforme. Il n'est donc bien soumis qu'à ses propres normes, à sa propre volonté ». De telles considérations sont à l'évidence impossibles s'il n'y avait aucun moyen de savoir ce que dit la Constitution (comment saurait-on sinon que le Conseil ne se fonde pas sur la Constitution?) ni aucun moyen de savoir ce que dit exactement le Conseil. Or l'exemple cité vise à illustrer la thèse selon laquelle « ... il n'existe pas de signification objective susceptible d'être connue » (p. 333). La contradiction devient aussitôt apparente lorsque l'on confronte cette thèse au passage introductif qui le précède : « Pour appliquer une norme, il faut évidemment la connaître » (p. 332).

3 – Le cognitivisme organique

Mais, par ailleurs, la *TRI* repose sur une confusion entre production normative (concrétisation) et interprétation analytique : privant l'interprète doctrinal du pouvoir normatif, elle attribue paradoxalement des facultés de connaissance objective à l'interprète authentique. Or, selon la *TRI* cet interprète ne peut rien connaître (a) et s'il connaît quelque chose, il n'est plus un interprète authentique (b).

a) Les interprétations authentiques sont, au sens de la *TRI*, des interprétations créatrices ou éventuellement textuelles qui ont une valeur normative juridique. Admettons cela pour les besoins de la cause. Il en résulte par hypothèse que ces interprétations ne sont pas des interprétations analytiques, et qu'elles ne nous apprennent rien sur la signification des textes auxquels elles se réfèrent éventuellement. Si elles ont une valeur normative, c'est qu'elles n'ont justement aucune valeur de connaissance. Pourtant la *TRI* traite ces interprétations comme si elles constituaient une réponse et même la seule réponse admissible au problème que se pose l'interprétation analytique. L'argumentation suit alors la démarche suivante : cela ne fait aucun sens de se demander ce que veut dire la disposition D (par ex. « La dignité humaine est inviolable » ou « Le président de la République signe les ordonnances », etc.), car toute tentative de détermination de sens ne serait qu'une « interprétation doctrinale ». La seule réponse que l'on peut donner à ce genre de question est que cela *signifie* ce que dit l'interprète authentique (la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le Président de la République française, etc.) qui détermine la signification du texte. Or, selon les termes mêmes de la *TRI*, l'interprète authentique ne *peut* pas dire ce que signifie ce que dit l'interprète authentique, car l'interprète authentique produit une norme, il ne procède nullement à l'analyse de la signification de l'énoncé.

b) L'on fera alors valoir que certains interprètes authentiques, en particulier les juridictions de dernier ressort, procèdent justement à une interprétation qui détermine la signification de l'énoncé et qu'elles attribuent parfois explicitement une valeur normative à cette interprétation en intégrant, souvent par un renvoi, certains motifs dans le dispositif. Ce raisonnement repose sur une confusion, car pour autant qu'il s'agit d'actes normatifs de ces organes, il ne peut y avoir détermination de la signification au sens de l'interprétation analytique, mais uniquement au sens de l'interprétation textuelle ou créatrice qui, par définition, ne nous apprennent pas ce que dit le texte, mais opèrent un choix normatif. S'il s'agit d'interprétations authentiques, donc d'actes normatifs, elles sont dépourvues de valeur de vérité et rendent certains comportements obligatoires, permis ou interdits. Mais si, dans l'ensemble d'énoncés que constitue une décision d'une juridiction suprême, il se trouve des passages concernant la signification de textes sans que ces passages aient en tant que tels une valeur normative, alors il s'agit tout simplement d'éléments d'interprétation doctrinale, incapables de déterminer, *en tant que tels*, un choix normatif. Habituellement, ces considérations doctrinales se trouvent dans une partie bien délimitée et aisément identifiable du texte « décision ». Mais l'emplacement des énoncés ne permet pas nécessairement de se prononcer sur leur qualité normative ou explicative. Ce qui est appelé « dispositif » peut contenir des éléments non normatifs et ce qui est appelé « motifs » ou « considérants » peut comporter des éléments normatifs. Lorsqu'une juridiction renvoie, dans le dispositif, à certains

éléments des motifs, elle ne peut évidemment pas rendre obligatoire, permise ou interdite une explication concernant le sens d'un énoncé, car même une juridiction suprême ne peut faire ce qui est conceptuellement impossible. Elle peut, en revanche, attribuer un statut normatif à des énoncés qui auraient autrement un statut descriptif (si par exemple les motifs expliquent que la disposition D veut dire « il est obligatoire que p », un renvoi à ce passage dans le dispositif fait de p une obligation, si les motifs expliquent la signification d'un terme, un renvoi à ce passage dans le dispositif rend obligatoire, pour les dispositions où apparaîtrait ce terme, leur application aux objets ou personnes visés dans cette explication). Les techniques de présentation brouillent souvent les repères, mais elles ne peuvent évidemment pas transformer le vrai ou le faux en normes qui ne sont ni vraies ni fausses ni, à l'inverse, rendre une norme vraie. Une norme peut évidemment rendre obligatoire que l'on considère certains faits comme vrais ou comme faux, mais une telle obligation ne rend ces faits ni vrais ni faux.

B – UNE THÉORIE SANS OBJET

La *TRI* s'attache à montrer que les normes juridiques sont uniquement celles qui résultent d'une interprétation authentique. Elles seules sont objectivement des normes. Il va donc falloir élaborer des critères d'objectivité et la *TRI* les trouvera dans le statut organique et l'efficacité factuelle (1). Or la construction de ces éléments ne permettra de saisir un objet ni dans l'efficacité normative (2), ni dans l'efficacité factuelle (3) et aboutira à une structure régressive sans issue (4).

1 – Les critères de l'objectivité

N'importe qui peut produire des énoncés normatifs. Mais ils n'auront que subjectivement le statut d'une norme. Afin qu'il s'agisse de normes de droit il faut que s'y ajoutent des éléments spécifiquement juridiques. Il ne peut évidemment s'agir d'une qualité qui leur serait reconnue par des textes puisque les textes sont indéterminés et que l'indétermination est de toute manière exclusive de la normativité juridique. Il ne suffit pas non plus de dire que ce sont les interprétations authentiques qui possèdent cette nature, car il s'agit précisément de savoir ce qui fait qu'une interprétation non-analytique, c'est-à-dire une détermination créatrice ou textuelle, possède la qualité d'être *authentique*. La *TRI* nomme deux critères : *a)* il faut que la production de la norme provienne d'un organe et plus particulièrement d'un organe « d'application »⁷⁸ ; *b)* il faut que l'acte d'interprétation entraîne des effets dans l'ordre juridique (principe de l'efficacité interprétative)⁷⁹.

78. *TJE*, p. 92 : « Mais si la signification de cet acte [de volonté], par exemple la signification de l'acte du législateur, est déterminée par l'organe d'application, il en résulte inmanquablement qu'une loi valide est la signification objective d'un acte humain, telle qu'elle est déterminée par le juge ».

79. *TJE*, p. 305 s. : Une disposition « ... ne saurait avoir la signification objective d'une norme que si l'ordre juridique attache à sa violation certaines conséquences de droit. Or c'est

La *TRI* ne donne nulle part de définition du concept d'« organe ». Elle renvoie à des données intuitives comme les « juridictions suprêmes », les « cours constitutionnelles », le « président de la République ». Ce qui les distingue apparemment, c'est justement qu'ils produisent des interprétations authentiques, parfois que, ce faisant, ils appliquent des textes, et c'est alors que la *TRI* les qualifie d'« organes d'application ». Mais un tel organe d'application n'est nullement normativement dépendant des textes qu'il applique, puisque les interprétations qu'il produit peuvent être des déterminations textuelles ou des déterminations créatrices référentielles. Il édicte non seulement la norme, mais aussi sa propre compétence. Les organes de la *TRI* sont donc, sur le plan normatif au moins, strictement *autopoïétiques*.

L'introduction des critères d'organicité et d'efficacité se réfère explicitement à la spécificité de l'ordre juridique. Les normes de droit sont différentes de celles d'autres systèmes. Il n'est pas clairement établi en quoi la différence réside exactement, mais l'on admettra au moins qu'il s'agit de quelque chose de spécifiquement *normatif*. Que veut dire alors « produire des effets » ? Il pourrait s'agir d'effets normatifs ou d'effets factuels. Ni l'une, ni l'autre variante ne fournit une solution satisfaisante.

2 – L'efficacité normative

Des effets normatifs sont constitutifs d'une norme : une norme est ce qui rend obligatoire, permis ou interdits certains comportements humains et c'est en cela que consiste son effet. Et tant que norme, elle n'en produit pas d'autre, car il ne peut évidemment s'agir d'un effet causal. Dire qu'une norme n'est donnée que si elle produit des effets, est en ce sens strictement pléonastique. Il se pourrait alors que l'on veuille insister sur la normativité *juridique* et la distinguer de celle de la morale par exemple. Mais la *TRI* ne livre aucune indication en ce sens, elle ne livre aucun élément permettant de distinguer une norme juridique d'une norme d'une autre nature, au moins sur le plan de leur normativité. Une telle différence pourrait consister dans le fait qu'une norme juridique dépend ou renvoie à d'autres normes déjà considérées, pour quelles que raisons que ce soit, comme juridiques (et non morales ou autres encore). La normativité du droit serait alors définie de manière récursive⁸⁰. Mais, mis à part qu'il apparaît difficile de définir la spécificité du droit uniquement par l'héritage récursif de propriétés qui demeureraient inexpliquées, cette voie s'oppose aux données constitutives de la *TRI* selon laquelle une norme résulte d'une interprétation authentique alors que les interprétations authentiques ne dépen-

précisément l'interprétation qu'en donneront les organes d'interprétation qui permettra (je corrige) de déterminer s'il y a ou non violation et s'il y a lieu par conséquent d'appliquer les actes prévus en pareil cas ».

80. La *TPD* construit ainsi l'appartenance ou validité de normes à l'ordre juridique : une norme existe dans un système donné pour autant qu'elle est produite selon les prescriptions d'une norme donnée dans ce système [$N_k = f(N_{k-1})$]. Mais la validité n'est évidemment pas, selon cette théorie, exhaustive de la spécificité normative des systèmes juridiques. Cf. sur le problème de l'appartenance relative, Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright*, *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 27 (1995), p. 69-113.

dent justement pas d'autres normes puisque c'est l'interprète authentique qui définit sa propre compétence et non pas une autre norme qui la lui attribue.

De ce point de vue, la référence aux effets serait simplement vide, elle ne ferait que souligner que ces normes ordonnent (interdisent, permettent) véritablement certaines actions (et ne sont pas simplement des souhaits ou des vœux). Mais si on l'admet, les conséquences factuelles sont indifférentes pour le statut de l'organe, tout comme, selon la *TRI*, des normes produites par d'autres organes puisque tout organe est autopoïétique. Il en résulte que toute production normative, si elle respecte le principe de la détermination normative, est constitutive de la qualité organique de celui qui la produit. Il y aura alors autant d'organes que de normes et toute détermination textuelle ou créatrice sera une norme. La *TRI* se voit ainsi confrontée à une émergence illimitée d'organes. En l'absence de rapports entre normes, il y aurait donc hyperinflation atomisante, chaque organe et chaque norme constituant un univers à titre propre et fermé sur lui-même. En même temps, il s'agirait d'univers précaires, car ils n'existent que pour autant qu'ils produisent des interprétations authentiques. Ils ne peuvent se prévaloir de compétences ni avant ni après les avoir exercés. Il ne serait en vérité pas possible de parler du Conseil constitutionnel ou du Président de la République, sauf au moment où quelque chose se définit comme « Conseil constitutionnel » ou comme « Président de la République ». Les organes seraient des êtres hypernombreux et entièrement éphémères. Au lieu d'en limiter la quantité en excluant tous ceux qui ne produisent que des textes indéterminés, la *TRI* doit inclure tout ce qui produit des déterminations textuelles ou créatrices. Or, c'est exactement ce qu'il s'agissait d'éviter puisqu'ainsi l'on en revient à la définition de la normativité juridique par la seule détermination de l'énoncé. Il ne peut donc s'agir d'effets normatifs.

3 – L'efficacité factuelle

Il faudra donc un critère de délimitation et il faudra considérer l'efficacité en termes de causalité factuelle comme le suggère le principe de l'efficacité interprétative. Seront alors des organes ceux qui produisent des déterminations textuelles ou créatrices suivies de conséquences observables dans les affaires humaines, plus précisément il faudrait alors que se produisent exactement dans les faits ce que ces normes exigent ou autorisent (car si l'on se contente d'une efficacité globale en maintenant le caractère autopoïétique des organes, on retrouve immédiatement la constellation précédente).

Une telle conception est problématique à plusieurs titres. L'on retrouve d'abord le problème du réductionnisme radical. La *TRI* fait directement dépendre le caractère normatif d'un énoncé de sa réalisation, c'est-à-dire qu'elle dérive la normativité stricte de la factualité stricte, ce qui est logiquement impossible⁸¹. Une théorie qui transgresse des données fondamentales de logique

81. On ne peut pas déduire un énoncé prescriptif à partir de prémisses uniquement descriptives (« loi de Hume »). Or c'est bien ce qui se produit. La norme Op (« il est obligatoire que *p* ») est considérée comme valide si et seulement si : *a*) il existe une occurrence linguistique de « Op » et *b*) si *p* se produit. Cf. sur cette problématique la belle étude de Gerhard Schurz, *The Is-Ought Problem : An Investigation in Philosophical Logic* (Trends in Logic, V. 1), Kluwer, Dordrecht, 1997.

formelle n'aurait aucun intérêt, et la *TRI* insiste elle-même justement sur cette exigence⁸².

On pourrait cependant affaiblir cette construction en vue de la maintenir et faire de la factualité stricte un simple critère de sélection du domaine juridique à partir d'une normativité plus large : parmi l'ensemble des normes seules seraient considérées comme juridiques celles qui seraient exactement réalisées. On aurait alors en effet un domaine accessible aux sciences empiriques, mais à deux conditions : il faudrait que l'on puisse dire exactement en quoi consiste la norme et il faudrait que l'on puisse exactement mesurer, pour chacune d'entre elles, s'il y a adéquation stricte entre ce qui est exigé (ou permis) et ce qui est réalisé. Le principe de détermination normative impose ici des contraintes très fortes, car il faut que les actions requises soient définies sans la moindre indétermination. Et si l'on n'a pas apporté la preuve de la réalisation du comportement exigé, il ne s'agit pas d'une norme *juridique*.

On aurait alors des « ordres juridiques » qui seraient les ensembles d'interprétations authentiques strictement réalisées. Il serait toutefois difficile de parler d'« ordre » ou de « système juridique », car il ne peut pas y avoir de rapport entre les normes⁸³. La science du droit serait la sociologie des rapports de pouvoirs pour autant que ces rapports aient pris la forme d'occurrences linguistiques suivies d'exécution, c'est-à-dire que la *TRI* conçoit le seul discours scientifique pertinent sur le « droit » comme la sociologie de l'obéissance stricte. Dans ce cas, on devrait de toute manière (à nouveau) renoncer au principe de spécificité, car à l'évidence *toute* norme suivie d'effets factuels stricts entre dans le champ d'étude pertinent. Si l'on préfère, c'est la factualité qui remplace la spécificité.

Admettons qu'une telle entreprise soit possible. L'on retrouve alors le problème de l'exclusion de définitions alternatives du domaine d'objet. En effet, même si une telle science pouvait exister, cela ne permettrait nullement de montrer qu'il serait impossible de concevoir des systèmes de normes où il y aurait des rapports entre les normes et où les normes existeraient sans référence à la factualité stricte.

Mais une telle science paraît en outre très difficilement réalisable. Aucune étude se réclamant de la *TRI* n'a jusqu'à présent constitué son corpus d'analyse à partir de normes ainsi conçues et de leur stricte réalisation, ce qui exigerait des précautions extrêmement lourdes dans le dispositif empirique. Et aucun des travaux jusqu'à présent réalisés n'a esquissé, ne serait-ce que dans ses plus simples éléments, la méthodologie permettant de tester la réalisation stricte d'une norme strictement déterminée.

82. Certes, la *TRI* considère les normes comme des faits empiriques (par. ex. TDDE, p. 6, 13), mais il est difficilement concevable qu'elle entende par là vouloir nier la loi de Hume ce qui exigerait au moins une théorie formelle plus forte permettant d'établir un tel résultat et rien n'indique qu'une telle entreprise soit sérieusement envisagée. Lorsque la *TRI* parle ainsi de la norme comme fait empirique, il convient par conséquent de supposer qu'il s'agit de considérer comme empirique le fait qu'un énoncé ayant pour signification qu'un certain comportement soit obligatoire, interdit ou permis soit effectivement exprimé dans le monde de l'expérience.

83. Sauf à l'intérieur d'une interprétation authentique et uniquement dans la mesure où elle institue un tel rapport. Il n'y a donc pas de rapport entre les interprétations authentiques, car sinon elles seraient normativement dépendantes les unes des autres et ne seraient donc plus des interprétations authentiques au sens de la *TRI*.

Mais même si l'on avait effectivement engagé des recherches aussi fines et précises dans le domaine d'une sociologie de l'obéissance, on se heurterait toujours à une difficulté proprement insurmontable à moins de renoncer aux fondements de la théorie. En effet, si l'on veut tester la stricte réalisation de certaines normes, il faudrait que l'on établisse au préalable en quoi consistent exactement les normes en question. Or ici le principe d'efficacité entre en conflit avec le scepticisme doctrinal.

4 – La double régression

Même si on accepte les prémisses de la *TRI* en faisant abstraction des difficultés soulevées jusque-là, on aboutit quand même à une double impasse. Selon la *TRI*, tout texte est indéterminé et toute norme est déterminée. Entre norme et texte il ne peut donc y avoir le moindre recoupement. Plus exactement, c'est la signification du texte qui est indéterminée ou qui, selon certaines variantes de la théorie, n'existe pas. A l'inverse, la norme est une signification déterminée et elle est le résultat d'une interprétation authentique produite par un organe.

Mais que fait l'organe lorsqu'il produit une interprétation authentique, c'est-à-dire une norme ? La *TRI* semble admettre que l'organe produit la norme *en tant que telle*, sans intermédiaire et sans support. Or, c'est à l'évidence impossible. Le propre d'une signification est d'être la signification d'un acte linguistique observable et non cet acte lui-même. Il n'y a aucune production de normes sans production d'énoncés dont elles sont les significations et il n'existe aucun accès immédiat aux significations en tant que telles⁸⁴.

Même s'il existe des normes au sens de la *TRI*, elles ne seront donc que les significations d'énoncés. Et un ensemble d'énoncés n'est autre chose qu'un texte. Or selon la *TRI* tout texte est indéterminé. Il s'ensuit qu'il ne peut jamais y avoir de norme puisque toute norme, selon la *TRI*, est déterminée. Si la *TRI* est vraie, elle est fautive, car elle n'a aucun objet.

Admettons alors pour les besoins de la cause qu'il puisse y avoir des énoncés à signification déterminée. Mais il serait impossible de le dire et de le prouver, car toute proposition du type : « Cet énoncé présente une signification normative déterminée », n'est pas une interprétation authentique puisqu'elle ne présente, quant à elle, aucun élément normatif. Il s'agit par conséquent, selon la *TRI*, d'une proposition dénotant une connaissance, c'est-à-dire d'une analyse externe à l'interprétation authentique, autrement dit d'une interprétation doctrinale. Or, selon la *TRI*, une telle proposition n'a aucune valeur objective, faute de valeur normative. Il est par conséquent impossible de parler de l'objet « droit ». Si la *TRI* a raison et si, par conséquent, le scepticisme doctrinal est vrai, elle ne peut par elle-même parler de son objet, sauf évidemment sur le plan de la méta-langue.

Mais même s'il était possible de parler d'une norme concrète, une telle possibilité serait à son tour conditionnée. En effet, toute interprétation à valeur objective relève d'un acte organique. Il est par conséquent impossible de dire

84. C'est ce qui est pourtant explicitement reconnu par la *TRI* elle-même : *TJE*, p. 332 : « Pour appliquer une norme, il faut évidemment la connaître. Or, la norme n'est pas exprimée directement et n'est donc pas immédiatement perceptible ».

quelque chose de la signification d'un texte, aussi longtemps que l'organe d'application ne l'a pas interprétée. Mais cette interprétation est à nouveau exprimée par un texte. Il est par conséquent impossible d'en connaître le contenu objectif avant qu'un organe d'application ne l'ait interprété. Or cette deuxième interprétation sera à nouveau exprimée par un texte dont il sera à nouveau impossible de dire objectivement en quoi consiste son exacte signification avant qu'un autre organe ne se soit prononcé à ce sujet, etc. Si le principe d'indétermination textuelle est vrai, il ne sera jamais possible d'arriver à une véritable interprétation authentique, en d'autres termes, la *TRI* produit une régression à l'infini.

Or, la *TRI* procède sans la moindre précaution à la présentation du contenu d'énoncés normatifs produits par des organes, elle parle concrètement de telle ou telle interprétation authentique. La pertinence et la possibilité de soumettre ces propos à un test de pertinence dépend alors d'une théorie de l'interprétation doctrinale analytique. L'empirisme sémantique en suppose implicitement les linéaments, mais toute la construction de la théorie vise à en montrer l'impossibilité. Même si la *TRI* avait un objet, elle ne pourrait jamais le connaître et encore moins en parler.

Si les thèses principales de la *TRI*, le réalisme interprétatif et le scepticisme doctrinal, pouvaient être établies, elle n'aurait aucun objet, car il n'y aurait jamais que des textes dépourvus de signification ou largement indéterminés. Si la *TRI* pouvait avoir un objet, ce serait une sociologie de l'obéissance mais cela ne permettrait nullement de prouver qu'il n'est pas possible de concevoir et d'étudier d'autres objets au titre du « droit ». Si la *TRI* avait correctement construit son champ d'étude, elle devrait s'engager dans des recherches empiriques dont elle n'a jamais présenté les éléments et dont les fondements méthodologiques ne sont même pas esquissés. Si la *TRI* pouvait au moins avoir pour objet les interprétations authentiques qu'elle conçoit comme les seuls éléments constitutifs des « ordres juridiques », elle devrait produire une sémantique textuelle, mais elle aboutit à l'impossibilité d'une connaissance objective de la signification. Si la *TRI* pouvait être vraie, elle serait muette.