



HAL
open science

Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative. *Revue générale de droit international public*, 2011, 2, pp.311-327. halshs-00555800

HAL Id: halshs-00555800

<https://shs.hal.science/halshs-00555800v1>

Submitted on 14 Jan 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ASPECTS THÉORIQUES ET PHILOSOPHIQUES DE L'INTERPRÉTATION NORMATIVE*

Pierre Brunet

Pr. Univ. Paris Ouest / IUF

Centre de Théorie et Analyse du Droit

UMR CNRS 7074

À paraître à la

Revue générale de droit international public, 2/2011

Actes du colloque de Poitiers, juin 2010

Contrairement aux apparences, le sens de l'expression « interprétation normative » est loin d'être clair. On serait tenté de l'interpréter. Mais en quel sens emploierait-on le terme « interprétation » ?

La première difficulté, ici, est d'ordre méthodologique avant d'être sémantique. Il pourrait certes être tentant de croire que les mots désignent des choses et qu'en procédant à une description détaillée, on parviendrait à saisir l'essence même de l'interprétation. On peut cependant douter de jamais parvenir à une telle définition car, là comme ailleurs, le terme reçoit un très grand nombre de significations et recouvre une infinité de pratiques distinctes. Mieux vaut donc renoncer à cette idée – séduisante et commode mais séduisante parce que commode – pour s'attacher aux usages dans lesquels le terme est employé.

Intervient alors la difficulté sémantique. Lorsqu'on s'interroge sur les aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative, qui plus est dans le cadre d'une réflexion générale sur les techniques interprétatives des normes, sans doute s'intéresse-t-on à l'interprétation comme activité¹. La théorie générale du droit a coutume de distinguer l'interprétation comme activité de connaissance et l'interprétation comme activité de volonté²,

* Pour la rédaction de cet article, j'ai tiré un immense profit de discussions avec Arnaud Le Pillouer et je l'en remercie très sincèrement.

¹ Le terme « interprétation » peut désigner soit une activité – lorsqu'on dit que telle disposition nécessite une *interprétation* – soit le résultat ou le produit de cette activité, on parle alors de l'*interprétation* que telle juridiction ou telle autorité a donné de tel énoncé. Sur l'importance historique de cette distinction, v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 67 s.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, (1960), trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, chap. VIII ; J. WRÓBLEWSKI, « Legal reasoning in legal interpretation », *Logique et Analyse*, n°12, 1969 p. 3-31 ; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, Torino, Giapichelli, 1992, p. 14-15 s. ; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano,

distinction, qui semble *a priori* extrêmement simple. Ainsi, l'interprétation consisterait en une activité de connaissance lorsque l'interprète cherche à clarifier le sens d'un texte (ou d'une pratique) ou à en dresser les différentes significations possibles (de ce texte ou de cette pratique). Elle serait une activité de volonté lorsque l'interprète se trouve en situation de choisir librement la signification d'un texte ou d'une pratique. La simplicité n'est pourtant qu'apparente car, d'une part, cette distinction est elle-même contestée ; d'autre part, quand bien même on parviendrait à se mettre d'accord sur le fait que l'interprétation désigne deux activités distinctes, il semble bien difficile de parvenir à établir la frontière entre l'une et l'autre ; enfin, il n'est pas certain que tous ceux qui admettent cette distinction s'accordent ensuite sur ce qu'elle recouvre.

On pourrait encore ajouter une difficulté en s'intéressant à l'adjectif « normative » lui-même car il peut être entendu en des sens très différents³. Dans un premier sens (premier pour des raisons analytiques et sans aucune hiérarchie de valeur), pourrait être dite « normative » l'interprétation par laquelle on s'attache à décrire ou clarifier – et donc connaître – le sens des normes. On parlerait donc d'une interprétation cognitive de normes (juridiques). Mais, à bien y regarder, l'expression est elle-même assez confuse car si l'on entend interpréter une norme, sans doute faut-il préalablement la connaître mais, pour la connaître, ne faut-il pas l'interpréter ?

Dans un deuxième sens, pourrait être dite « normative » l'interprétation qui entend non pas connaître le sens des normes mais poser – voire créer – des normes. Dans ces conditions, le terme « interprétation » ne peut plus du tout être pris dans un sens descriptif et l'expression « interprétation normative » apparaît redondante. On peut alors se demander s'il est bien pertinent de parler encore d'interprétation et non pas, plus simplement, de prescription. De là, on peut aussi douter de la pertinence qu'il y a à s'interroger sur les aspects théoriques et philosophiques de cette activité prescriptive, sauf à admettre que des prescriptions puissent être dites justes ou vraies. Mais, précisément, si l'on tend à penser que l'interprétation normative présente des aspects d'ordre théorique, c'est peut-être parce que l'on ressent, intuitivement, soit que l'interprétation n'est pas nécessairement créatrice de normes soit que, si elle l'est, cette création soulève quelques difficultés.

Dans un troisième sens, pourrait être dite normative l'interprétation qui entend fonder des normes. L'activité serait alors cognitive, mais se poserait

Giuffrè, 2004, ch. VI ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 et *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001 ; J.-M. DENQUIN, « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2004, n°7, p. 179-209.

³ v. G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, Paris, LGDJ, 1960.

de nouveau le problème de son objet : fonde-t-on des normes en interprétant des faits, des énoncés, d'autres normes ?

Enfin, dans un quatrième sens, l'interprétation pourrait être dite normative non parce qu'elle pose des normes, ni parce qu'elle en décrit le sens, ni non plus parce qu'elle fonde les normes mais parce qu'elle adopte un point de vue normatif sur certains faits, point de vue qui serait distinct d'une autre interprétation, elle-même non normative⁴. On conviendra qu'une telle idée sonnerait étrangement mais sans doute le terme « interprétation » serait-il pris au sens cognitif et non prescriptif.

Au terme de cette exploration préalable, on est en mesure de saisir que la distinction entre les deux activités d'interprétation est déjà le produit de plusieurs constructions théoriques. Or, si on admet qu'il y a trois théories de l'interprétation, on verra que ces dernières se ramènent en réalité à deux conceptions de l'interprétation. Les deux théories les plus répandues aujourd'hui, qui chacune repose une conception différente de l'interprétation, sont ainsi conduites à adopter sur la question des limites de l'interprétation une approche radicalement différente. Ces deux approches ne se situent pas du tout sur le même plan car l'une est normative et l'autre descriptive.

1. Trois théories et deux concepts

On admet aujourd'hui, au sein de la théorie générale du droit, qu'il existe trois théories de l'interprétation⁵ : une théorie dite formaliste ou encore cognitive, une théorie dite sceptique, une théorie dite mixte ou éclectique⁶. Toutes ne font pas la même analyse de la distinction entre connaître et vouloir.

⁴ C'est le sens dans lequel Kelsen emploie parfois l'expression de « science normative » pour parler de la théorie pure du droit, comme l'a bien remarqué Bobbio, v. N. BOBBIO, « Être et devoir-être dans la science du droit » in *Essais de théorie du droit*, trad. fçse M. Guéret, Paris, LGDJ, p. 185-206.

⁵ Cette distinction est généralement imputée à H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals » (1958), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, OUP, 1983 p. 49-87 et *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, rééd. 1993, p. 123-154. On la trouve reprise et approfondie chez G. R. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 4^e éd., 1994, p. 49 s. V. aussi H. L. A. HART, « American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream » (1977), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 123-144 (où Hart oppose l'interprétation comme découverte du droit à l'interprétation comme création du droit), ainsi que G. R. CARRIÓ, « Sull'interpretazione giuridica » (1965), in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, vol. II, 1989, p. 135 s.

⁶ Le terme a été proposé par P. COMANDUCCI, « L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale », in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale, I. Regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 9.

Selon une première conception – cognitive – les termes de la norme doivent être clarifiés s'ils sont obscurs – voire seulement dans ce cas. Cette idée de clarification des obscurités qui conduit à lever les ambiguïtés est généralement défendue, lorsqu'elle l'est, en termes cognitifs : la clarification est pensée comme une activité de connaissance parce qu'on présuppose que l'interprète parviendra à identifier le sens « correct » des termes. C'est d'ailleurs à cette fin que l'on met en avant l'existence de méthodes interprétatives dont on postule ou présuppose qu'elles permettent d'accéder à la signification de la norme comme on accède à un but que l'on s'est donné en suivant un chemin tracé à l'avance.

L'interprétation consiste donc en un acte de connaissance ou de découverte du « vrai sens », du « sens objectif » d'un texte normatif, de sorte que l'énoncé selon lequel l'interprète affirme que « le texte T a le sens S » est considéré comme une proposition descriptive et susceptible d'être elle-même vraie ou fausse. Imputable à l'idéologie des Lumières, cette théorie est aujourd'hui assez rarement défendue⁷.

Selon une deuxième conception – sceptique – l'interprétation est un acte de volonté et ne peut guère être autre chose compte tenu de l'indétermination du langage normatif qui contraint à faire des choix quant à la signification d'une disposition. Or, ces choix sont toujours le fait de certaines autorités habilitées en vertu du droit positif et nul ne peut les obliger à choisir une signification plutôt qu'une autre. Ainsi, les prétendues méthodes d'interprétation n'ont d'autre fonction que de justifier le choix de signification mais ne peuvent en aucun cas déterminer ce choix à l'avance. De même, il serait inutile de souligner que l'interprétation n'est pas nécessaire lorsque le texte est clair car la clarté ou l'obscurité d'un texte normatif ne sont pas commensurables, en sorte que ne sera clair que l'énoncé qui sera tenu pour tel et, inversement, ne sera obscur et ne justifiera une clarification que l'énoncé qui aura été déclaré obscur. Dire qu'un texte est clair – ou dire qu'il est obscur – revient en réalité à peu près au même : dans les deux cas, cela constitue un moyen d'imposer une signification et donc le choix d'une solution plutôt qu'une autre. Ainsi, face à une argumentation en faveur d'une solution A tirant partie de ce qu'il y aurait un doute sur le sens de la norme applicable, un juge pourra opposer que le sens est clair et plaider en faveur d'une solution B. Inversement, en réponse à un

⁷ Pour une approche clairement normative, v. M. S. MOORE, « A Natural Theory of Interpretation », *Southern Calif. Law Rev.*, 1985, vol. 58, p. 278-398 ainsi que K. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, Univ. Press of Kansas, 1999, qui écrit : « interpretation finds meaning already existent in the constitutional text » (p. 7) ou encore « constitutional interpretation discovers meaning » (p. 11) et aussi R. HERNANDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999 et Id., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

argument à l'appui d'une solution B au motif que le texte penche clairement pour cette solution, le juge pourra opposer le doute et le besoin d'une interprétation en faveur d'une solution A. Bref, dire qu'un texte est clair ou qu'il est obscur ne démontre rien : dans les deux cas, cela revient à justifier le choix en faveur d'une solution plutôt qu'une autre. Clarté ou obscurité sont des arguments, non des déterminants, des moyens en vue d'une fin, non la fin elle-même et l'argument du sens clair ou du sens obscur est à ajouter aux arguments interprétatifs tels qu'on a pu en dresser la liste⁸. Dans ces conditions, les méthodes interprétatives ne servent pas à ce que croient ou prétendent ceux qui s'en servent : elles ne sont utiles – et utilisées – qu'en vue de justifier *a posteriori* le sens que l'on a choisi d'attribuer à l'énoncé normatif dont on veut faire application.

Selon cette théorie, l'interprétation est un acte de volonté consistant, pour l'interprète, en l'attribution volontaire d'une signification à un texte (une entité linguistique quelconque), de sorte que les énoncés par lesquels l'interprète affirme que « le texte T a le sens S » s'analyse en une norme, laquelle est insusceptible d'être vraie ou fausse mais seulement valide ou invalide dans le système de normes auquel elle appartient. On cite souvent à l'appui de cette thèse le propos de l'Evêque Hoadly rapporté par John Chipman Gray⁹ : « Whoever hath an *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them »¹⁰. Selon cette théorie de l'interprétation, l'interprète apparaît comme le créateur de la norme elle-même et dispose donc d'une immense liberté.

Enfin, selon une troisième conception, l'interprétation est définie comme une activité de connaissance qui se double dans certains cas d'une activité de volonté. Mais la seconde ne peut exister sans la première et, quand bien même une décision serait prise, elle ne serait jamais arbitraire. Selon cette théorie, le langage normatif est marqué par une relative indétermination – relative car, s'il existe un noyau clair de signification, il demeure toujours une certaine zone d'ombre. Il faudrait donc distinguer entre deux types de

⁸ Cf. G. TARELLO, « L'argomentazione dell'interpretazione », *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 947-1012 et Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2^e éd., n°33, p. 55-59.

⁹ J. Ch. GRAY, *The Nature and Sources of the Law* (1909), 2nd ed., NY, The MacMillan Cy, 1921 réimp. 1938. Cette théorie a été également défendue par les réalistes scandinaves et not. A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958. V. aussi G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962 et Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980. Elle est aujourd'hui très explicitement défendue par P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007 ; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, 2^e éd., Torino, Giappichelli, 1992 ; M. TROPER, *Le droit, l'État et la théorie du droit*, *op. cit.*, 2001, chap. V.

¹⁰ J. Ch. GRAY, *op. cit.*, p. 102.

cas : les cas faciles et les cas difficiles. Dans les premiers, l'interprète est en mesure de découvrir le sens vrai du texte, il ne dispose alors d'aucun pouvoir discrétionnaire et se contente d'appliquer les normes en vigueur sans les interpréter. L'interprétation n'est donc nécessaire qu'en vertu de ce que le langage normatif comporte une part d'indétermination. Dans ces cas d'indétermination – mais seulement dans ces cas – les interprètes que sont les juges disposent d'une marge de pouvoir discrétionnaire¹¹. Dire cela revient à admettre que la solution n'est pas toujours déterminée par la règle de droit et qu'il faut parfois tenir compte d'autres éléments que le texte lui-même, telles que les croyances, les préférences personnelles, bref, la subjectivité du juge. Mais le pouvoir discrétionnaire de l'interprète doit être entendu au sens faible car il existe des principes de raison qui guide son action¹².

Contrairement aux apparences, ces trois théories n'emploient pas le mot « interprétation » dans le même sens et ne font donc pas non plus la même analyse du pouvoir discrétionnaire de l'interprète.

La théorie cognitive ou formaliste et, dans une moindre mesure, la théorie dite éclectique ou mixte, tendent à considérer que l'interprétation porte sur des normes et non sur des énoncés tandis que la théorie sceptique affirme que l'interprétation ne porte que sur des énoncés.

La distinction entre l'énoncé et la norme est cependant capitale¹³.

En effet, quand bien même on admettrait de définir le droit comme un ensemble de normes, encore faut-il souligner que ces normes ne se donnent pas comme telles : sans doute leur « sens » doit-il être clarifié mais avant même leur sens, il faut encore identifier que l'on a affaire à des normes. L'objet de l'interprétation est donc d'abord constitué d'énoncés – ou, dans certains cas, comme en droit international, de pratiques – auxquels il revient aux interprètes d'attribuer la signification – la modalité – de norme. Ce n'est qu'une fois admis que tel énoncé a la signification de norme qu'il est ensuite envisageable d'en faire application. Et c'est au cours de cette application qu'on éprouvera le besoin de « clarifier » son sens. Ce faisant, on cherchera à identifier son extension ou son intension à partir de l'extension ou de l'intension des termes qui le constituent, bref, en s'interrogeant sur les objets susceptibles de relever de son champ d'application et sur les caractéristiques communes à ces objets.

¹¹ Par ex. J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, not. chap. II.

¹² C'est la thèse que défend R. DWORKIN depuis « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, p. 624-638.

¹³ Sur cette distinction, v. G. TARELLO, *Diritto, enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 395 et E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, trad. ital. P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1995, not. p. 122 s.

Mais le fait d'identifier ou mieux d'attribuer à un énoncé le statut de norme est-il seulement affaire de sémantique ? C'est ce que tendent à affirmer ceux qui perçoivent les normes comme des entités platoniciennes, indépendantes du langage, qui existeraient en quelque sorte par elles-mêmes et dont la formulation serait une sorte de duplique d'une réalité normative préexistante à ces énoncés par eux-mêmes normatifs. En d'autres termes, la norme serait la signification d'un énoncé normatif comme une proposition est la signification d'un énoncé descriptif et il existerait des énoncés dotés en eux-mêmes d'une signification normative¹⁴.

Si elle présente d'incontestables avantages et semble en apparence simplifier les choses, cette conception des normes est délicate à défendre. Comment comprendre des énoncés comme normatifs d'un point de vue strictement sémantique ? Et que signifiera ici « comprendre » ? Ainsi, un individu peut comprendre qu'un autre individu lui donne un ordre sans pourtant comprendre quel est cet ordre, parce qu'il ne comprend pas la langue dans laquelle on lui parle. Et que l'on soit en mesure de comprendre qu'un ordre a été donné ne prouve pas qu'il existe des significations prescriptives ni ne prouve non plus que les énoncés normatifs soient une catégorie sémantique distincte des énoncés descriptifs qui expriment des propositions, ou des énoncés expressifs qui expriment des émotions¹⁵.

Et mieux encore, si l'on pouvait vraiment raisonner en termes d'énoncés qui seraient par eux-mêmes normatifs, comment expliquer que les juges puissent en venir à se demander si tel texte contient ou non une norme (et, le cas échéant, laquelle), si telle convention internationale, telle Charte constitutionnelle, telle Déclaration de droits est « contraignante », ou encore « susceptible de produire des effets » ou enfin, si telle disposition législative consacre un « droit », bref, si tel texte est « normatif »¹⁶ ?

La réponse à ces questions ne se trouve pas dans le texte lui-même. Ce dernier n'apparaîtra comme normatif ou au contraire purement expressif qu'après que les juges qui en sont les interprètes l'auront déclaré tel. L'identification du caractère « normatif » d'un texte juridique doit donc plus à un certain usage du langage qu'à la correspondance d'un énoncé avec une réalité qui lui préexisterait. Autrement dit, il n'y a pas de norme sans une

¹⁴ Sur l'opposition entre la conception hylétique et expressive des normes, v. C. E. ALCHOURRÓN et E. BULYGIN, « The Expressive Conception of Norms », in R. HILPINEN (dir.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1984, p. 95-124 ; trad. esp. « La concepción expresiva de las normas », in C. E. ALCHOURRÓN et E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 155-167 et E. BULYGIN, « Norms and Logic : Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms », *Law and Philosophy*, n°4, 1985, p. 145-163, ici p. 147.

¹⁵ E. BULYGIN, *ibid.*, p. 150.

¹⁶ Ou, pire encore, comment expliquer que l'on puisse parler, à propos des principes généraux du droit ou de la coutume, de « normes sans textes » ?

interprétation par laquelle on donne à des énoncés une signification normative. Il faut donc l'attribuer par un acte et cet acte est le résultat d'un choix. Ce choix peut être justifié certes mais il ne résulte pas d'une connaissance quelconque. Bref, identifier un texte comme normatif n'est donc pas affaire de connaissance ou de raison mais de volonté, c'est-à-dire d'autorité.

C'est en ce sens que l'on peut comprendre la définition que Kelsen donnait d'une norme comme « la signification d'un acte de volonté ». Le terme signification doit ici être pris non au sens sémantique mais pragmatique¹⁷ : l'acte de volonté n'a pas de référent dans un monde normatif spécifique mais on en fait un usage spécifique dans le monde empirique à l'aide d'un autre acte. C'est aussi pourquoi le même énoncé peut être compris soit comme la description d'un fait, soit comme la prescription d'un comportement, soit encore comme l'expression d'un souhait ou d'un désir. Et c'est bien d'ailleurs entre ces deux dernières significations que l'on hésite parfois face à certains textes juridiques qui apparaissent contenir des déclarations d'intention plus que des normes.

Toutes les théories de l'interprétation ne prennent pas en compte cet élément. À dire vrai, ni la théorie formaliste ni la théorie mixte ne l'appréhendent dans sa complexité car toutes deux tendent à raisonner en présupposant que les énoncés qui font l'objet d'une interprétation sont déjà des normes ou, pour la dire autrement, que les normes susceptibles d'être tirées de ces énoncés sont elles-mêmes déjà connues. Seule la théorie réaliste prend la mesure de ce que l'attribution d'une signification de norme à un énoncé est affaire d'autorité et non de raison ou de vérité. Mais on pourrait raisonner à l'inverse et dire, tout aussi bien, que ne sont pas réalistes les théories qui ne mesurent pas l'importance de cet acte initial par lequel on attribue à un énoncé la signification de norme plutôt que la signification de proposition descriptive ou de proposition expressive¹⁸.

Certes, une fois admis que tel énoncé a une signification de norme, l'interprétation ne cesse pas pour autant. Il faut encore « interpréter » les termes qui constituent la « norme » identifiée. Par « interprétation », on entend déterminer les conditions d'application de la norme juridique à des faits. Mais on mesure ici que ce sont bien deux concepts d'interprétation très différents dont on fait usage selon que l'on décrit l'interprétation comme l'attribution d'une signification de norme à un énoncé (ou à une pratique) ou

¹⁷ E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, op. cit., p. 161 s. et M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 173 s.

¹⁸ Sur la distinction des fonctions de l'interprétation (identification des normes, application d'une norme à un cas), v. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, op. cit., p. 268 s. et R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, not. chap. 3.

que l'on décrit l'interprétation comme l'activité de qualification normative d'un fait concret, ce qui revient à subsumer un objet sous une classe.

Or, parce que les théories de l'interprétation ne font pas usage du même concept d'interprétation, elles ne font pas non plus la même analyse de la liberté dont jouit l'interprète dans son activité d'interprétation et donc des limites qu'il peut rencontrer.

2. La liberté de l'interprète (ou les limites de l'interprétation)

Les trois théories en présence ne sont pas également concernées par la question de la liberté de l'interprète. Ainsi, la théorie formaliste et cognitive n'a aucune raison de l'envisager puisque, selon elle, l'interprète est tenu de faire application d'un sens objectif qui s'impose à lui. La théorie réaliste et sceptique, quant à elle, se heurte à une objection délicate : si les interprètes sont certes libres de faire ce qu'ils veulent des énoncés auxquels ils sont confrontés, comment expliquer qu'ils ne fassent pas n'importe quoi, n'importe quand ? Enfin, la théorie éclectique ou mixte qui explique que la liberté des interprètes existe mais est limitée doit, elle aussi, faire face à des difficultés : en admettant que les interprètes ne soient en position de choisir une signification que dans les cas difficiles, comment identifier ces cas difficiles ? Et si cette liberté dont ils disposent est elle-même encadrée ou limitée par des principes, comment ces principes s'imposent-ils aux interprètes et, le cas échéant, qui peut les leur imposer ?

À l'examen, toutefois, on se rend compte que les difficultés ne sont pas du même ordre : la théorie mixte doit parvenir à montrer que les limites qu'elle invoque sont objectives, tandis que la théorie sceptique doit expliquer pourquoi l'absence de limite qu'elle identifie n'est jamais reconnue par ceux dont elle décrit l'activité.

2.1. Les limites de l'interprétation selon la théorie mixte

Contre le formalisme cognitiviste, ses partisans affirment que l'interprétation d'une règle – ici, son application à un cas déterminé – ne peut pas *ne pas* prendre en compte certains éléments extra-textuels – des « principes » pour les uns¹⁹ ; le but de la règle pour les autres²⁰ – mais qui

¹⁹ v. R. DWORKIN, « No right answer ? », in P. M. S. HACKER and J. RAZ, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon, 1977, p. 58-84 ; « Is There Really No Right Answer in Hard Cases ? », in R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard UP, 1985, p. 119-145 et *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. fçse, Paris, PUF, 1995, Chap. 2 et 3 ; v. aussi N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, OUP, 2005 et A. AARNIO, M. ATIENZA, F. J. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2010.

²⁰ Cf. A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton and Oxford UP, 2005 ou encore B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton, Princeton UP,

demeurent néanmoins juridiques et s'imposent comme tels au interprètes. L'application d'une règle à un cas, selon cette thèse, n'est donc pas – ou pas toujours – mécanique : il est des cas où la signification que l'on donne à une règle résulte bien d'un choix. Pour autant, ce choix n'est pas arbitraire, précisément parce qu'il est déterminé par les éléments extra-textuels qui s'imposent aux juges. La théorie réaliste radicale n'est donc, dans cette perspective, pas plus défendable que celle formaliste.

Cette théorie suscite une quasi-unanimité. Elle est présentée comme la seule thèse raisonnable car, au fond, tout juriste serait prêt à reconnaître qu'il existe des cas difficiles, pour lesquels la solution ne découle pas logiquement de la règle de droit et que, confronté à de tels cas, le juge doit rechercher la solution ailleurs que dans le texte lui-même et donc mobiliser soit d'autres textes, soit s'attacher au but que vise le texte, soit encore rechercher les principes (moraux) qui seraient au fondement de l'ordre juridique positif et dont s'inspireraient les textes positifs. On a même cherché à montrer que tant les partisans de la théorie formaliste que ceux de la théorie réaliste l'ont défendue, parfois sans le dire ni le savoir et que tous ces juristes seraient, en réalité, des partisans d'un réalisme modéré (*balanced realism*)²¹.

Cette thèse permet en outre de remettre en cause la distinction entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté. L'argument mis en avant est que, en ce qu'elle a pour but de reconstruire et d'identifier les raisons qui justifient la norme, l'interprétation permet de réduire l'indétermination du droit. Elle participe donc à la fois d'une activité de connaissance de la norme, à travers l'examen des raisons qui la justifient, et de production du droit car ces raisons sont consacrées par le droit positif, *via* des dispositions constitutionnelles sous forme de principe. Enfin, parce qu'on ne peut connaître une norme qu'à la condition de reconstruire l'ensemble des raisons qui justifient cette norme, on peut conclure que toute connaissance de la norme participe d'une reconstruction de sa justification²².

2010 pour qui « the purpose of the rule is always needed » ou encore « Assumptions about underlying purposes restrict, constrain, shape and rank the possible meanings that occur to interpreters of a rule ».

²¹ Cf. B. Z. TAMANAHA, *op. cit.*, qui entend montrer que l'opposition entre formalistes et réalistes est un mythe et que ce mythe est en outre très largement le fait des réalistes, lesquels auraient eu besoin de se construire un adversaire. *Contra*, v. B. LEITER, « Legal Formalism and Legal Realism : What Is the Issue ? », *Legal Theory*, Vol. 16, N°2, 2010, Univ. of Chicago, Public Law Working Paper N°320.

²² Cf. R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, p. 71-85 (chap. « Juristische Interpretation ») ; M. ATIENZA, « Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales », *Isonomía*, n°1, 1994, p. 51 s. ; V. VIOLA, « Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica », in *Diritto privato*, 2001-2002, « L'interpretazione e il giurista », p. 49-64 ; pour une version

À cet égard, le droit international public apparaît aujourd'hui un laboratoire très intéressant pour le théoricien : la pratique de l'interprétation concertée des traités internationaux conduit ceux qui sont soumis aux règles à les interpréter et se les appliquer à eux-mêmes : elle débouche donc sur des accords interprétatifs qui sont eux-mêmes le fruit de la raison²³. On peut ainsi considérer que l'interprétation est une activité qui réunit la connaissance et la volonté.

Mais cette thèse du réalisme modéré se heurte à de très nombreuses objections.

D'une part, elle présuppose que le raisonnement juridique consiste toujours en un syllogisme pratique et que la prémisse majeure de ce syllogisme n'est pas choisie par le juge mais qu'elle s'impose à lui. Raisonner ainsi c'est bien souvent céder à l'idée que la prémisse en question est déjà une norme identifiée au texte qui la contient. Or, si d'un même texte on peut tirer plusieurs normes, la « prémisse » ne s'impose donc pas d'elle-même à l'interprète.

On pourrait cependant objecter que ce sont bien souvent les parties qui parviennent à imposer au juge la norme susceptible de servir de prémisse majeure. On admettrait alors que le juge comme les parties sont d'accord sur le fait que la même norme peut être attribuée à un même énoncé. Mais cet accord est loin de tout résoudre : il n'exclut pas nécessairement qu'une autre norme puisse également être attribuée à cet énoncé par l'un des interprètes ou que ce même énoncé implique lui-même implicitement une autre norme voire, que la norme sur laquelle chacun s'accorde puisse faire l'objet d'une exception²⁴.

Au surplus, quand bien même il y aurait accord sur une norme, encore faudrait-il parvenir ensuite à démontrer que, de cette norme, le juge est logiquement tenu de tirer la solution individuelle du cas qui lui est présentée. On peut certes montrer que même dans les systèmes normatifs dynamiques, comme l'est un système juridique, il existe des normes individuelles (ou, à tout le moins, des contenus normatifs) qui peuvent être dérivées de normes générales (ou d'autres contenus normatifs) – en vertu de ce que le fonctionnement du langage juridique emprunte aussi au langage

plus sophistiquée, v. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Revised 2^e éd. rév., Oxford, Hart, 2005, chap. 2.

²³ F. VIOLA, « Apporti della pratica interpretativa del diritto internazionale alla teoria dell'interpretazione giuridica », *Ragion Pratica*, 2001, n°17, p. 53-71.

²⁴ R. GUASTINI, « Eugenio Bulygin e Tecla Mazzaresse su interpretazione e proposizioni normative », *Diritto e questioni pubbliche*, n°6, 2006, p. 97-100 réimp. ds *Nuovi studi sull'interpretazione, op. cit.*, chap. 4.

ordinaire²⁵. Autrement dit, s'il existe une norme selon laquelle tous les voleurs doivent être punis, et s'il est établi que Socrate a volé une pomme, on peut « implicitement déduire » que Socrate doit être puni. Mais le problème est moins de savoir si l'inférence est logiquement valide que de savoir si elle l'est juridiquement²⁶. Or, en droit, la validité de l'inférence logique ne détermine pas l'inférence de la validité de la norme juridique : quand bien même la logique et le fonctionnement du langage ordinaire voudraient que Socrate soit puni, il ne le sera que s'il a été condamné par un juge. Ce dernier peut certes justifier la norme qu'il pose en invoquant la nécessité de se conformer à la logique et la présence d'une norme implicite. Mais cet argument tiré de la logique n'est qu'un argument parmi d'autres : il ne s'impose lui-même pas pour des raisons logiques. Autrement dit, une norme logiquement implicite n'est juridiquement valide qu'à la condition d'être dite logiquement implicite par un interprète disposant lui-même de la compétence d'explicitier l'implicite²⁷.

À dire vrai, il en va de la conformité à la logique comme du sens littéral des dispositions, du but de la loi ou de l'intention de l'auteur (qu'elle soit celle du législateur ou des parties à une convention) : ce ne sont que des arguments pour justifier une décision. Ils ne sont pas inutiles en eux-mêmes et méritent d'être pris au sérieux mais aucun ne détermine isolément et à lui seul la solution retenue.

D'autre part, la thèse du réalisme modéré ne s'interroge pas sur la pertinence de la distinction entre les cas faciles et les cas difficiles (*easy cases vs hard cases*) mais la prend pour argent comptant²⁸. Or, est dit difficile le cas pour lequel il n'y a pas de règle qui détermine une solution unique et il n'y a pas de solution unique lorsque la signification de la règle est elle-même indéterminée. Mais comment établir que la signification de la règle est elle-même indéterminée, sinon en montrant qu'il n'y a pas de solution unique ? Inversement, comment montrer qu'il y a une solution unique, sinon en affirmant que la règle n'est pas indéterminée ? On mesure que la définition d'un cas difficile (ou d'un cas facile) est elle-même redondante et repose sur une pure pétition de principe : elle présuppose sans

²⁵ v. U. SCHMILL, « Derecho y lógica », *Isonomía*, n°1, 1993, p. 11-26 ; E. BULYGIN, « Lógica y normas », *Ibid.*, p. 27-35 et U. SCHMILL, « Lógica y normas positivas. Réplica a Eugenio Bulygin », *Isonomía*, n°4, 1996, p. 78-85.

²⁶ v. L. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 22, 56 et 80 s ; P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica*, op. cit., p. 70 s. ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., chap. III.

²⁷ v. U. SCHMILL, « Lógica y normas positivas. Réplica a Eugenio Bulygin », art. cit.

²⁸ F. SCHAUER, *Playing by the rules : A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

le démontrer qu'il existerait des significations déterminées et d'autres qui ne le seraient pas.

En réalité, contrairement à ce que prétendent ceux qui l'emploient, cette distinction ne décrit rien d'empirique ni de factuel : la qualification est au contraire évaluative et peut servir soit à justifier l'application d'une seule norme, soit le recours à la conciliation de plusieurs. Autrement dit, cette distinction est à la discrétion des juges mais elle ne saurait servir d'instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire lui-même, à proprement parler, incommensurable – ce n'est pas qu'il soit « excessif » mais nul ne dispose d'un instrument permettant de le mesurer.

Il demeure que nombre de juges, sinon tous, adhèrent à la thèse du réalisme modéré et opposent bien souvent leur pratique à la théorie réaliste dans sa version sceptique²⁹. On retrouve ici la difficulté à laquelle est exposée cette dernière théorie : ceux dont elle décrit la pratique sont les premiers à la rejeter. Avant d'examiner le bien fondé de l'argument, encore faut-il préciser la théorie en question.

2.2. Les limites de l'interprétation selon la théorie sceptique

On peut distinguer deux variantes de la théorie sceptique eu égard à la question des limites de l'interprétation.

Selon une première variante, les limites de l'interprétation sont le cadre que dessine le texte même de la loi ou de la disposition applicable. C'est la thèse que défendait Hans Kelsen et qui le conduisait à distinguer l'interprétation « scientifique » de l'interprétation « authentique ». Tandis que la première décrit les diverses significations ou normes susceptibles d'être tirées d'un texte, la seconde consiste en un choix parmi ces diverses normes. Ce choix est certes un acte de volonté mais il trouve ces limites dans un cadre tracé par un acte de connaissance³⁰.

Dans ces conditions, il faut bien admettre que l'opposition entre les deux types d'interprétation – authentique et scientifique – n'est pas aussi tranchée que ce que l'on peut penser intuitivement. Kelsen se rend compte de cette équivoque et affirme un peu plus loin que : « l'interprétation authentique,

²⁹ V. les citations nombreuses que rapportent Brian Tamanaha dans son livre ainsi que l'intervention du juge Guillaume au colloque de Poitiers qui affirmait précisément que la distinction entre cas faciles et cas difficiles n'est pas arbitraire car il y a bel et bien des cas dans lesquels le juge ne peut pas faire autrement que d'appliquer le texte, et d'autres cas dans lesquels le juge est confronté à des lacunes qui le conduisent à devoir imaginer une solution que le droit positif ne règle pas.

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 460 « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ».

c'est-à-dire l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais *peut également aboutir à la création du cadre que constituent les normes à appliquer* »³¹.

Or, de deux choses l'une : ou bien on admet que l'interprétation est dite authentique parce qu'elle est liée à cette activité de connaissance, mais alors l'interprète doit effectivement fonder son interprétation sur cette activité de connaissance laquelle doit, en retour, pouvoir être contrôlée à l'aune de cette interprétation « scientifique » – cela revient à subordonner l'application du droit positif à la science, en transformant du même coup cette dernière en un critère d'évaluation du droit positif ; ou bien, on admet qu'il n'y a pas de lien entre les deux interprétations et l'organe d'application est effectivement libre de poser la norme qu'il veut – mais alors, peu importe la science : appliquer le droit c'est décider de la signification des textes applicables.

Il est aisé de comprendre dans quel dilemme Kelsen s'est trouvé : d'un côté, il souhaite affirmer que les organes d'application sont effectivement libres de poser les normes qu'ils veulent, parce qu'ils sont les seuls à pouvoir imposer une signification ; de l'autre, il ne peut que reconnaître que ces significations ne sont pas produites *ex nihilo* car les organes d'application du droit ne vivent pas dans un monde à part mais se trouvent impliqués dans un contexte de signification et sont donc en quelque sorte limités par l'usage du langage ordinaire³².

Toujours est-il que Kelsen est conduit à employer le mot interprétation en deux sens différents : interprétation comme inventaire des significations et interprétation comme choix d'une signification. Il n'y a, à proprement parler, aucun lien entre les deux concepts parce qu'il n'y a aucune norme de droit positif qui contraigne les organes d'application à choisir une signification dans l'inventaire que l'interprétation scientifique pourrait proposer. Or, le problème du caractère créateur de l'interprétation des juges ne vient pas de ce qu'elle est une interprétation, mais de ce qu'elle est authentique³³. De là découle une seconde proposition : on a vu que les organes d'application, lorsqu'ils choisissent une signification, ne sont pas liés par les interprétations que la science du droit peut proposer, mais ils ne le sont pas davantage par d'autres interprétations. En sorte que leur choix prend toujours en compte des critères extra-juridiques, ce que Kelsen

³¹ *Ibid.*, p. 461. Je souligne.

³² v. R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, *op. cit.*, chap. 3 §8.

³³ Comme le soulignait fort justement M. LOSANO, « Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen », *Riv. Intle di Fil. del Diritto*, 1968, p. 524-545 ici p. 537, qui proposait de redéfinir la première comme « structure de l'interprétation » et la seconde comme la « fonction de l'interprétation ».

reconnaît lui-même volontiers. C'est donc bien uniquement la question de l'autorité de l'organe qui détermine le caractère authentique ou non d'une interprétation et non son caractère rationnel³⁴.

Selon une seconde variante, les interprètes disposent d'une liberté totale quant au choix de la signification à attribuer au texte applicable³⁵. Pour autant, cette liberté ne les conduit pas à faire n'importe quoi : elle est de ces atouts dont il convient d'user sans abuser car elle s'exerce dans un contexte spécifique, celui du système juridique, qui suppose l'intervention d'un grand nombre d'interprètes. Or, d'une part, tous ne disposent certes pas de la faculté de décider en dernier ressort ; d'autre part, ceux qui disposent de cette faculté ne l'utilisent pas tous en même temps. Cela contribue à créer un réseau de contraintes dans lequel se trouvent pris les interprètes et qui déterminent leurs choix de signification ainsi que la justification de ces choix³⁶. Autrement dit, la liberté d'un interprète authentique s'arrête où commence celle d'un autre. Mais tous les interprètes se trouvent dans la nécessité pratique – et non l'obligation juridique – de justifier l'exercice de cette liberté de choix. Or, paradoxalement, pour une autorité qui se trouve placée dans une situation d'extrême liberté, le meilleur argument pour justifier ses choix consiste à montrer que ce choix s'impose à elle ou qu'elle ne peut pas faire autrement que d'appliquer telle disposition plutôt que telle autre, bref, qu'elle n'est pas libre de faire ce qu'elle veut mais est tenue de décider comme elle l'a fait.

Cette théorie suscite de nombreuses objections. On peut d'abord discuter de sa valeur descriptive. En effet, à bien y regarder, elle semble n'être qu'une vaste proposition analytique qui prend la forme du syllogisme suivant : « interpréter c'est choisir, or, choisir c'est vouloir donc interpréter c'est

³⁴ Riccardo Guastini distingue, au sein de l'interprétation comme activité de volonté, l'interprétation-décision, qui revient à choisir une signification déterminée parmi celles préalablement identifiées (ou identifiables) lors de l'inventaire des significations possibles, et l'interprétation-création par laquelle on attribue à un texte une signification qui ne figurerait pas dans l'inventaire résultant de l'interprétation-connaissance et qui serait donc par là même inattendue ou nouvelle. Si cette distinction a le mérite de souligner que les interprètes ne vivent pas dans un monde de signification isolé, elle demeure d'une utilisation délicate : d'une part, le concept d'interprétation-décision qui se veut logique semble mêlé de psychologie ; d'autre part, on peut se demander si la distinction rend encore compte de l'interprétation comme activité et non pas déjà de l'interprétation comme résultat de cette activité, v. R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, *op. cit.*, p. 16 s. et désormais *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. fçse V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, p. 199 s.

³⁵ Le meilleur représentant de cette thèse est certainement aujourd'hui Michel Troper, v. *supra*, note 2.

³⁶ Cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, CH. GRZEGORCZYK, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2005, p. 11-23.

vouloir ». Or, on aurait bien du mal à trouver un fondement empirique à la prémisse majeure – « interpréter c'est choisir » – : c'est une définition stipulative du verbe « interpréter », qui n'est ni vraie ni fausse et ne décrit pas les usages lexicaux du terme³⁷. Dès lors, on peut conclure que cette théorie ne décrit pas ce que font « réellement » les juges, mais qu'elle se borne à décrire la signification qu'elle donne au verbe « interpréter ». Ou, pire encore, qu'elle est dépourvue d'objet et contradictoire car en même temps qu'elle soutient qu'il n'y a pas de signification, mais seulement la « détermination de la signification », elle présuppose que les énoncés qu'elle soumet à son analyse ont une signification et qu'il est possible de la connaître³⁸.

De même, on peut souligner que cette théorie tend à dissoudre la distinction entre création (ou production) du droit et application du droit. Bien que cette distinction soit discutable dans la mesure où il est évident que l'activité juridictionnelle n'est pas purement mécanique, il n'en demeure pas moins que, d'une part, si le législateur et le juge jouissent tous deux d'un pouvoir discrétionnaire, ce pouvoir ne s'exerce pas dans les mêmes conditions : le législateur n'est pas contraint par des textes préexistants, tandis que le juge l'est. Certes, la contrainte est faible puisque les textes de lois ne sont pas univoques, mais une contrainte faible est encore une contrainte et la variante radicale de la théorie sceptique semble l'écarter un peu hâtivement³⁹. Et l'on peut ajouter, pour conclure, que si les juges se comportent parfois comme des législateurs, ils ne peuvent pas se limiter à n'être que des législateurs car ils doivent assurer l'exécution de leurs propres décisions soit par d'autres, soit par eux-mêmes⁴⁰.

On peut enfin juger non seulement que la théorie des contraintes ne parvient guère à tracer la frontière entre les contraintes purement juridiques et les autres mais aussi qu'elle redécouvre le fil à couper le beurre car tous les juristes présupposent la liberté du juge et la force des arguments qu'ils mobilisent. Si par contraintes on entend indiquer que, tel Thésée dans son labyrinthe, le juge ne peut parvenir à telle solution sans manquer d'emprunter telle argumentation, alors, il faut reconnaître que cette théorie est celle qu'adoptent implicitement tous les juristes.

³⁷ v. G JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2005, p. 208 s.

³⁸ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 52, 2002/4, p. 789-836 et « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Ibid.*, p. 759-788 et M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Ibid.*, n°50, 2002/2, p. 335-353.

³⁹ R. GUASTINI, « Michel Troper e l'interpretazione della Costituzione », in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico, op. cit.*, p. 249-265 not. p. 256 s.

⁴⁰ J.-M. DENQUIN, « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », *art. cit.*

Aussi fondées soient-elles, ces critiques permettent paradoxalement de mettre en relief la pertinence de la théorie en question, à la condition toutefois de la redéfinir : elle n'est pas une *autre* théorie de l'interprétation mais une métathéorie du droit : elle ne se situe pas au même niveau de langage que les autres théories de l'interprétation juridique ; elle ne propose pas un modèle d'interprétation ni ne prescrit ce que devrait juridiquement – ou moralement – faire l'interprète ; enfin, elle aboutit à une définition spécifique de l'ordre juridique.

D'une part, la théorie sceptique de l'interprétation emploie le terme « théorie » dans un sens purement analytique et descriptif. Elle n'a donc nullement vocation à fournir des outils pour tenter de résoudre des problèmes d'interprétation et par lesquels on accéderait à ce qui serait l'interprétation correcte ou raisonnable. Ces derniers adjectifs qualifient d'ailleurs moins l'activité d'interprétation que le résultat de l'activité et la qualification est elle-même le résultat d'un jugement de valeur et non d'une description. Or, la très grande différence entre la théorie sceptique (dans ses deux variantes) et les autres réside précisément dans le fait que la première est dénuée de toute dimension normative quand les secondes recherchent des solutions normatives à des problèmes normatifs.

D'autre part, la théorie sceptique ne fournit certes pas une définition lexicale rendant compte de l'usage du terme interprétation dans le discours des juristes, mais une telle définition ne permettrait pas pour autant de comprendre ce qu'ils font « réellement ». Au mieux, rendrait-elle compte de ce qu'ils disent qu'ils font⁴¹. Si l'on veut saisir ce que font réellement les juges, il faut donc décrire leur activité à l'aide de concepts distincts de ceux qu'ils utilisent. Le concept d'interprétation de la théorie sceptique dans sa version réaliste radicale est donc bien plus large que celui généralement utilisé par les juristes, et notamment les juges, car l'interprétation commence dès lors que l'on attribue la signification de norme à un énoncé. Une telle attribution est par ailleurs toujours volontaire et non cognitive en sorte que les limites de cette interprétation résident dans l'imagination des interprètes⁴². Elles sont celles qu'ils s'imposent à eux-mêmes.

⁴¹ Or, s'en tenir aux affirmations des juges serait prendre pour argent comptant l'expérience du premier intéressé en contradiction avec toute précaution méthodologique élémentaire, v. J. L. MACKIE, « The Third Theory of Law », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 7, N° 1, p. 3 s., ici p. 7 : « There is a distinction – and there may be a divergence – between what judges say they are doing, what they think they are doing, and the most accurate objective description of what they actually are doing ».

⁴² La preuve en est qu'ils peuvent, s'ils le souhaitent, se soustraire à la contrainte du texte en invoquant des principes définis comme des normes sans textes et en construisant une « théorie » de ces principes pour justifier cette pratique, v. P. BRUNET, « À quoi sert la “théorie” des principes généraux du droit ? » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 175-187.

Ainsi cette théorie sceptique est-elle une métathéorie en ce qu'elle décrit la structure logique de l'argumentation que les juges sont contraints de mobiliser pour rendre compte de leur action, à savoir, que la règle de droit s'impose à eux « sauf exception » des cas difficiles résultant d'une indétermination générale, de lacunes, ou d'antinomies, etc. Cette « théorie » des juges a pour elle le mérite de reproduire une représentation du droit comme un ensemble de normes connues et identifiables à l'avance. Elle est utilisée, par les juges, comme une justification de leur liberté. Elle est également utilisée par les juristes savants – la doctrine – mais en un double sens : comme une prescription, aussi juridique que morale voire plus morale que juridique, des limites que les juges ne doivent pas franchir et comme une description de ce que les juges ne franchissent effectivement jamais ces limites puisqu'il existe toujours une bonne raison à leur « interprétation »⁴³. Dans ces conditions, tout jugement peut être décrit comme une activité subordonnée à des règles préexistantes et non une création personnelle et subjective du droit positif valide *erga omnes*.

En tant que métathéorie, la théorie sceptique décrit la fonction de la théorie de l'interprétation qu'adoptent les juristes en général et les juges en particulier. Ce faisant, elle met en évidence ce que tout juriste sait au fond de lui, sans toujours (se) l'avouer, et qu'il s'emploie à dissimuler derrière des constructions savantes telle que la raison pratique : la liberté des interprètes n'est pas limitée par une « obligation » d'appliquer un texte en suivant un hypothétique syllogisme mais « contrainte » par la justification même que tout interprète se sent tenu d'apporter au soutien de sa propre décision interprétative.

Il ne faudrait donc pas prendre cette métathéorie pour un point d'arrivée. Si elle n'était que cela, sans doute redécouvrirait-elle l'eau chaude ou le fil à couper le beurre. Cette théorie sceptique aboutit, en réalité, à une définition spécifique de l'ordre juridique lequel n'est plus un ensemble de normes mais un ensemble d'actes qui reçoivent la signification de normes.

En effet, sur le fondement de la distinction entre l'énoncé de la norme, elle admet qu'il n'y a de norme que s'il y a un acte de volonté qui la pose et que cet acte de volonté doit lui-même être identifié comme tel dans le système d'actes au sein duquel il intervient. Dès lors, une autorité ne peut poser de normes qu'en attribuant une signification à un acte d'une autre autorité et, dans le même temps, justifier de sa propre compétence à le faire. Dans ces conditions, on est en mesure de rendre compte du mode par lequel ces normes sont effectivement connues et réellement produites, de leur évolution dans le temps et des éventuelles contradictions que ces évolutions peuvent entraîner, mais aussi des stratégies interprétatives que mettent en

⁴³ Pour une illustration de cette ambivalence, v. N. MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, OUP, 2007.

place les différents interprètes dont les compétences en la matière peuvent entrer en conflit⁴⁴.

Mieux vaut donc se servir de cette métathéorie comme un point de départ, une voie d'entrée, bref, la condition *sine qua non* d'une description objective des modes de production du droit, sous la – double et ultime – réserve de ne pas confondre le droit avec ce que disent d'eux-mêmes ceux qui le font et de ne pas céder à l'illusion que ce qui est doit être.

⁴⁴ À titre d'exemple, v. M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse » (1987), réimp. ds *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 275 s ; J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994 et P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 195-213.