Université Paris II – Panthéon-Assas **Année universitaire 2022-2023**

Centre Assas – Master 1 droit public

2nd semestre

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°2 : L'INTERPRETATION

Pages de l'ouvrage de référence pour le cours : D. BARANGER, *La Constitution, Sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022, **p. 61-89** (Chapitre 2 L'interprétation juridique). Il est notamment conseillé de consulter les passages suivants :

Le juge et la séparation des pouvoirs :
- Section 3 - « La jurisprudence ou comment une interprétation devient une source », **p. 87** ;

Les théories de l'interprétation :
- Les fausses oppositions de la théorie de l'interprétation **p. 83 (paragraphe 55)** ;
- Les limites de la *purpose interpretation* **p. 102 (paragraphe 71)** ;
- A / La détermination de la majeure par le juge constitutionnel **p. 119.**

Bibliographie :

- M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., 2001 ; *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F. (Que sais-je ?), 3ème éd., 2011 ;
-V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, M. TROPER (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruxelles, Bruylant LGDJ, 2005 ; M. TROPER, entrée « Interprétation » in S. RIALS & D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., trad. Fr., Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1999.
- H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2ème éd. (1994), trad. Fr., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
-C. FERCOT, "Dobbs v. Jackson Women's Health Organization ou l'anéantissement du droit à l'avortement en tant que standard fédéral ", *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, accessible à l'adresse suivante : https://doi.org/10.4000/revdh.14777

I- Le juge et la séparation des pouvoirs

DOCUMENT 1 : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, (1748), livre XI, chap. 6 (« De la Constitution d'Angleterre »), Paris, GF Flammarion, vol. I, p. 294-301 (extraits).

DOCUMENT 2 : Articles 10 à 13 de la loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790.

DOCUMENT 3 : Articles 4 et 5 du Code Civil.

DOCUMENT 4 : Article 1A du Code Civil suisse.

DOCUMENT 5 : Conseil d'Etat (Ass.), 17 février 1950, Min. de l'agriculture c/ Dame Lamotte, Rec.

Lebon, p. 110.

II- Les théories de l'interprétation

DOCUMENT 6 : J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in G. Koubi & G. Fauré (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Paris, Economica, 2003, p. 125-133.

DOCUMENT 7 : M. VAN DE KERCHOVE & F. OST, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 192-204.

III- La « théorie réaliste de l'interprétation »

DOCUMENT 8 : M. TROPER, La philosophie du droit, Paris, P.U.F. (Que sais-je ?), p. 98-111.

DOCUMENT 9 : E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », Colloque, Sénat, 29 et 30 septembre 2006 (extrait).

DOCUMENT 1 : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), livre XI, chap. 6 (« De la Constitution d'Angleterre »), Paris, GF Flammarion, vol. I, p. 294-301 (extraits).

« Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État.

La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.

(…)

La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert.

De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats.

Il faut même que, dans les grandes accusations, le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges; ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre, que ceux qui restent soient censés être de son choix.

Les deux autres pouvoirs pourraient plutôt être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier; n'étant, l'un, que la volonté générale de l'État, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale.

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.

Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence.

(…)

Quoiqu'en général la puissance de juger ne doive être unie à aucune partie de la législative, cela est sujet à trois exceptions, fondées sur l'intérêt particulier de celui qui doit être jugé.

Les grands sont toujours exposés à l'envie; et s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger, et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens, dans un État libre, d'être jugé par ses pairs. Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles.

Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.

Il pourrait encore arriver que quelque citoyen, dans les affaires publiques, violerait les droits du peuple, et ferait des crimes que les magistrats établis ne sauraient ou ne voudraient pas punir. Mais, en général, la puissance législative ne peut pas juger; et elle le peut encore moins dans ce cas particulier, où elle représente la partie intéressée, qui est le peuple. Elle ne peut donc être qu'accusatrice. Mais devant qui accusera-t-elle? Ira-t-elle s'abaisser devant les tribunaux de la loi, qui lui sont inférieurs, et d'ailleurs composés de gens qui, étant peuple comme elle, seraient entraînés par l'autorité d'un si grand accusateur? Non: il faut, pour conserver la dignité du peuple et la sûreté du particulier, que la partie législative du peuple accuse devant la partie législative des nobles, laquelle n'a ni les mêmes intérêts qu'elle, ni les mêmes passions. »

DOCUMENT 2 : Articles 10 à 13 de la loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790.

Article 10.

Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.

Article 11.

Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans un registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées.

Article 12.

Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.

Article 13.

Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

DOCUMENT 3 : Articles 4 et 5 du Code Civil.

Titre préliminaire : De la publication, des effets et de l'application des lois en général

(…)

Article 4

Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Article 5

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

DOCUMENT 4 : Article 1A du Code Civil suisse.

Titre préliminaire

Art. 1

A. Application de la loi

[1] La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

[2] A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

[3] Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

DOCUMENT 5 : Conseil d'Etat (Ass.), 17 février 1950, *Min. de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec. Lebon, p. 110.

Conseil d'Etat
statuant
au contentieux
N° 86949
Publié au Recueil Lebon
Assemblée

M. Desprès, Rapporteur
M. Delvolvé, Commissaire du gouvernement
M. Cassin, Président
Lecture du 17 février 1950

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le recours et le mémoire ampliatif présentés pour le ministre de l'agriculture, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 28 octobre 1946 et 23 février 1948 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 4 octobre 1946 par lequel le conseil de préfecture de Lyon a annulé un arrêté en date du 10 août 1944 par lequel le préfet de l'Ain avait concédé au sieur de Testa, en vertu de l'article 4 de la loi du 23 mai 1943, le domaine dit "du Sauberthier" sis commune de Montluel appartenant à la dame Lamotte née Vial ; Vu les lois du 19 février 1942 et du 23 mai 1943 ; Vu l'ordonnance du 9 août 1944 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 ;
Considérant que, par un arrêté du 29 janvier 1941, pris en exécution de la loi du 27 août 1940, le préfet de l'Ain a concédé "pour une durée de neuf années entières et consécutives qui commenceront à courir le 1er février 1941", au sieur de Testa le domaine de Sauberthier [commune de Montluel], appartenant à la dame Lamotte, née Vial ; que, par une décision du 24 juillet 1942, le Conseil d'Etat a annulé cette concession par le motif que ce domaine "n'était pas abandonné et inculte depuis plus de deux ans" ; que, par une décision ultérieure, du 9 avril 1943, le Conseil d'Etat a annulé, par voie de conséquence, un second arrêté du préfet de l'Ain, du 20 août 1941, concédant au sieur de Testa trois nouvelles parcelles de terre, attenantes au domaine ;
Considérant enfin que, par une décision du 29 décembre 1944, le Conseil d'Etat a annulé comme entaché de détournement de pouvoir un troisième arrêté, en date du 2 novembre 1943, par lequel le préfet de l'Ain "en vue de retarder l'exécution des deux décisions précitées du 24 juillet 1942 et du 9 avril 1943" avait "réquisitionné" au profit du même sieur de Testa le domaine de Sauberthier ;
Considérant que le ministre de l'Agriculture défère au Conseil d'Etat l'arrêté, en date du 4 octobre 1946, par lequel le conseil de préfecture interdépartemental de Lyon, saisi d'une réclamation formée par la dame Lamotte contre un quatrième arrêté du préfet de l'Ain, du 10 août 1944, concédant une fois de plus au sieur de Testa le domaine de Sauberthier, a prononcé l'annulation de ladite concession ; que le ministre soutient que le conseil de préfecture aurait dû rejeter cette réclamation comme non recevable en vertu de l'article 4 de la loi du 23 mai 1943 ;
Considérant que l'article 4, alinéa 2, de l'acte dit loi du 23 mai 1943 dispose : "L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire" ; que, si cette disposition, tant que sa nullité n'aura pas été constatée conformément à l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine, a pour effet de supprimer le recours qui avait été ouvert au propriétaire par l'article 29 de la loi du 19 février 1942 devant le conseil de préfecture pour lui

permettre de contester, notamment, la régularité de la concession, elle n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte de concession, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. Qu'il suit de là, d'une part, que le ministre de l'Agriculture est fondé à demander l'annulation de l'arrêté susvisé du conseil de préfecture de Lyon du 4 octobre 1946, mais qu'il y a lieu, d'autre part, pour le Conseil d'Etat, de statuer, comme juge de l'excès de pouvoir, sur la demande en annulation de l'arrêté du préfet de l'Ain du 10 août 1944 formée par la dame Lamotte ;
Considérant qu'il est établi par les pièces du dossier que ledit arrêté, maintenant purement et simplement la concession antérieure, faite au profit du sieur de Testa, pour une durée de 9 ans "à compter du 1er février 1941", ainsi qu'il a été dit ci-dessus, n'a eu d'autre but que de faire délibérément échec aux décisions susmentionnées du Conseil d'Etat statuant au contentieux, et qu'ainsi il est entaché de détournement de pouvoir ;

DECIDE :

DECIDE : Article 1er - L'arrêté susvisé du conseil de préfecture de Lyon du 4 octobre 1946 est annulé. Article 2 - L'arrêté du préfet de l'Ain du 10 août 1944 est annulé. Article 3 - Expédition de la présente décision sera transmise au ministre de l'Agriculture.

DOCUMENT 6 : J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois » in G. Koubi & G. Fauré (dir.), *Le titre préliminaire du code civil*, Paris, Economica, 2003, p. 125-133.

L'interprétation des lois

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Directeur du CERSA-CNRS

1) En imposant au juge de statuer, même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, sous peine, à défaut, de se rendre coupable de « déni de justice », l'article 4 du Code civil lui reconnaît, au moins implicitement, le pouvoir d'interpréter la loi ; mieux, il lui en fait l'obligation.

La question peut sans doute être posée pour ce qui est du « silence » voire de « l'insuffisance » de la loi : la formule de l'article 4 n'habilite-t-elle pas alors le juge à s'appuyer sur d'autres fondements que la loi, par exemple en faisant prévaloir, à titre principal ou complémentaire, des considérations d'équité ? Le travail juridictionnel se situerait alors en marge d'une loi, par hypothèse absente, et n'impliquerait pas d'effort d'interprétation. Cependant, ce « silence » ou cette « insuffisance » sont relatifs : il appartient alors au juge, sous le contrôle du juge d'appel et de cassation[1], de dégager de l'ensemble des lois en vigueur des « principes », dont dépendra la solution du litige – en présupposant, comme l'évoque Daniel Gutman, la « cohérence » du dispositif normatif. Dans ce cas aussi, un travail d'interprétation est donc nécessaire.

Lorsqu'il s'agit de « l'obscurité » de la loi, le doute n'est plus permis : c'est dans tous les cas d'interprétation qu'il s'agit. L'article 4 du Code civil autorise donc bien le juge à interpréter la loi, mieux il l'invite à le faire, voire le lui impose afin d'éviter tout déni de justice. On mesure le chemin parcouru depuis 1789 : les révolutionnaires avaient en effet, tout au contraire, entendu exclure le pouvoir d'interprétation du juge, en concevant sa fonction comme une fonction d'application mécanique de la loi (le juge « bouche de la loi », selon la formule consacrée). Bien entendu, cette vision était irrecevable : le sens de la loi ne relève jamais de l'évi-

dence ; les énoncés juridiques sont par essence même polysémiques, les significations qu'ils recèlent peuvent être multiples, diverses voire contradictoires. Un travail d'interprétation est donc toujours nécessaire, tant de la part des destinataires, tenus d'évaluer la portée de la norme qui leur est applicable[1], que du juge, chargé d'appliquer la loi. La fonction impartie au juge de « dire le droit » implique ainsi une marge d'interprétation[2] et cette interprétation bénéficie d'une autorité particulière : comme le souligne Kelsen, elle a le statut d'une « interprétation authentique » ; ce faisant, le juge contribuera à dissiper l'obscurité que les textes recèlent, en tranchant entre les différentes lectures possibles, en « fixant » le sens du texte, en « arrêtant » la dérive des significations.

2) S'il est indispensable au bon fonctionnement du système juridique, ce pouvoir d'interprétation reconnu au juge amène à s'interroger sur le statut de l'acte d'interprétation et sur sa relation avec le texte auquel il s'applique.

Le Code civil établit à cet égard des butoirs clairs, qui encadrent l'activité d'interprétation du juge. D'une part, en défendant dans l'article 5 aux juges « de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises[3] », c'est-à-dire en prohibant les « arrêts de règlement », il interdit au juge d'empiéter sur la sphère propre de compétence du législateur, et plus généralement de poser des normes de portée générale : les décisions juridictionnelles ne sauraient avoir qu'une portée individuelle ; c'est donc bannir le pouvoir normatif de la jurisprudence, celle-ci ne pouvant, en tant que telle, être formellement une source du droit[4]. D'autre part, en limitant l'autorité de la chose jugée « à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement », l'article 1351, non seulement confirme la prohibition précédente – la décision rendue par le juge n'ayant pas d'autorité au-delà du cadre du litige qui lui est soumis –, mais encore limite les interprétations données au cadre précis de l'espèce. Ainsi, les interprétations données par le juge ne constituent pas une source de droit autonome et elles ne sont pas dotées de l'autorité dont bénéficient les décisions de justice.

Cette présentation est cependant trop simple : elle conçoit l'activité d'interprétation comme une opération purement technique[5], indispensable pour assurer l'application effective de la loi et exclusive de toute portée plus générale ; or, par l'interprétation qu'il donne de la loi, le juge prend bel et bien pied sur le terrain qui est celui du législateur (l'édiction de la norme) et cette immixtion pose une série de problèmes, indissolublement liés. Problèmes concernant tout d'abord *la nature de l'activité d'interprétation* : de quelle marge de liberté dispose l'interprète ? Quelle est la part d'innovation, de créativité, inhérente à l'interprétation ? Problèmes concernant ensuite *la portée de l'activité d'interprétation* : de quelle autorité est investie l'interprétation judicitionnelle ? Et la jurisprudence n'est-elle pas, en réalité, investie d'une puissance normative propre ? Dans tous les cas, c'est, en fin de compte, la question de la relation de l'interprétation au texte qui se trouve posée : s'agit-il d'un rapport d'*adhérence* (l'interprétation se situant en sur-impression du texte), de *continuité* (l'interprétation servant à préciser le contenu de la norme) ou de *concurrence* (l'interprétation venant infléchir le sens que l'auteur entendait donner au texte) ?

La réponse qu'on donnera ici sera nuancée : si l'acte d'interprétation comporte un aspect de *libre choix*, cette liberté de l'interprète n'en est pas moins enserrée dans un jeu de *contraintes* (I) ; et si l'interprétation juridictionnelle dispose bien d'une *autorité réelle*, cette autorité n'en est pas moins placée sous *conditions* (II).

▲ 1. Comme le dit P. Amselek (*Interprétation et droit*, Bruylant-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995), « l'interprétation est au centre de l'expérience juridique », dans la mesure où elle constitue « le préalable nécessaire » à la compréhension même des normes juridiques exprimées par le législateur et à leur pratique.

▲ 2. La construction par le juge de son « argumentation » juridique suppose un travail d'« interprétation » de la loi : argumentation et interprétation sont donc indissociables dans le travail juridictionnel (C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz 1976, p. 162-163).

▲ 3. L'article 5 ne fait que confirmer la prohibition édictée par la célèbre loi des 16-24 août 1790.

▶ I. Une liberté sous contrainte

Les théories de l'interprétation juridique oscillent entre deux conceptions opposées : l'une qui fait de l'interprète un simple lecteur, dépourvu de volonté propre et dont le travail est entièrement commandé par la recherche de l'intention de l'auteur du texte ; l'autre qui met l'accent sur la liberté de l'interprète, qui interviendrait directement, sous couvert d'interprétation, dans le processus de création des normes. Cette alternative ne permet pas de prendre la mesure du rôle de l'interprète : comme le remarquent justement M. Van de Kerchove et F. Ost[1], « tant que l'on raisonne dans les termes des mythes opposés du juge "bouche de la loi" ou du "gouvernement des juges" on ne saisit rien de la démarche véritable de l'interprétation » ; en réalité, « l'interprétation combine la contrainte et la liberté ». D'où le recours à la métaphore du jeu : comme tout jeu, l'interprétation suppose un part de « règles » (*game*) mais aussi d'« indétermination » (*play*) ; une « marge de jeu » serait autorisée à l'interprète, mais dans le cadre tracé par la « règle du jeu ». L'opération d'interprétation ne se ramène dès lors, ni à l'objectivité d'un texte conventionnel qui détiendrait un sens unique et vrai, ni à la subjectivité arbitraire de l'interprète[2].

Si l'interprétation est bien un acte de volonté, l'interprète est soumis à un ensemble de contraintes qui excluent que l'interprétation puisse être l'expression d'une libre subjectivité.

A. UN ACTE DE VOLONTÉ

1) La *théorie classique de l'interprétation* conçoit celle-ci comme une activité intellectuelle relevant exclusivement de l'ordre de la connaissance : en interprétant la loi, le juge ne ferait que dégager le sens qu'a entendu lui donner le législateur ; l'interprétation ne comporterait nulle part de création, mais seulement de « description »[1] ou de « constatation » (Duguit). Cette vision se fonde sur un ensemble de présupposés[2], au nombre desquels : l'interprétation a pour objectif la découverte de l'intention du législateur ; le sens que l'on recherche, c'est celui qu'a voulu le législateur à l'époque de l'adoption ; le sens du texte repose dans celui-ci ; chaque texte possède un sens véritable et un seul (l'interprétation est donc vraie ou fausse) ; ce sens peut être découvert par recours à certaines méthodes de raisonnement (analyse du texte lui-même ou recours aux travaux préparatoires, dans le cadre d'une méthode « exégétique »).

Cette théorie classique a fait l'objet d'une série d'*infléchissements*. Rejetant la méthode exégétique, F. Gény[3] fera de l'interprétation une « libre recherche scientifique », reposant, non seulement sur l'analyse des textes, mais aussi sur la prise en compte de données sociales plus générales[4] – inspiration qu'on retrouve dans le courant américain de la *sociological jurisprudence*. On glisse dès lors à l'idée que l'interprétation n'a pas seulement pour objectif la découverte de l'intention du législateur mais doit prendre en compte le contexte dans lequel le texte a été rédigé (conception « objective » de l'interprétation, qu'on trouve par exemple en droit canadien[5]). Par ailleurs, les « théories mixtes » distingueront les cas dans lesquels la signification peut être dégagée du texte lui-même (l'interprétation relevant alors de l'ordre de la connaissance), et ceux dans lesquels la signification est incertaine (le juge disposant alors d'une marge de libre appréciation). Dans tous les cas cependant, et quelles que soient les critiques qu'elle a pu susciter, cette « théorie cognitive » de l'interprétation trouve un écho dans la réalité : c'est à elle notamment que se réfère le juge quand il est amené à justifier son travail d'interprétation, celui-ci excluant à ses yeux toute part de créativité et de subjectivité.

▲ 1. R. Guastini, « Interprétation et description de normes », *in* P. Amselek, *op. cit.* p. 89 sq.
▲ 2. P. A. Cote, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes », *in* D. Bourcier, P. Mackay, Eds, *Lire le droit*, LGDJ, Coll. Droit et société, n° 3, 1992, p. 135 sq.
▲ 3. *Méthodes d'interprétation et sources du droit en droit privé positif*, 1re éd., 1899.

2) Cette théorie encourt, on le sait, de sévères *critiques*. Elle présuppose en effet que le texte soit doté d'un « sens véritable », que le juge s'efforce de découvrir. Or, le droit n'a jamais, selon l'heureuse expression de P. Amselek, qu'une « teneur indécise » : tout énoncé juridique comporte une pluralité de significations possibles, entre lesquelles il est nécessaire d'arbitrer ; l'interprétation n'est donc pas le résultat d'une activité intellectuelle de connaissance mais le résultat d'un choix. Les énoncés interprétatifs ne sont pas, comme le note R. Guastini[1] des énoncés du langage descriptif : ils ne sont, en tant que tels, ni vrais, ni faux ; interpréter n'est pas décrire mais « décider de la signification des textes normatifs ». L'interprétation est donc « un acte constitutif » : les énoncés juridiques n'acquièrent leur véritable portée qu'à partir d'une interprétation qui est bel et bien « construction », « production » d'un sens qui n'est pas enchâssé dans le texte même[2]. L'interprétation se présente ainsi comme un acte de volonté, par lequel l'interprète intervient directement dans le processus de création des normes.

Cette dimension active et volontariste de l'interprétation, on sait que Kelsen la réserve aux seules interprétations « authentiques ». Il établit en effet une distinction tranchée entre les interprétations données par les « organes d'application du droit » et les interprétations données par les simples particuliers ou les juristes dans le cadre de la science du droit : les premières sont des interprétations « authentiques », indissociables des processus de création du droit et qui impliquent un acte de « volonté » par lequel l'organe d'application du droit « fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance » ; les secondes sont des interprétations « non authentiques », dépourvues de force obligatoire et qui relèvent exclusivement de l'ordre de la connaissance. L'interprétation scientifique consiste ainsi pour Kelsen[3] à « déterminer, par une opération intellectuelle, le sens de normes juridiques » : c'est donc exclusivement un « acte de connaissance » et non de volonté et, à la différence de l'interprétation authentique, elle n'est pas création de droit ; « l'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que de dégager les significations possibles des normes juridiques[4] ». En revanche, l'activité juridictionnelle, qui s'inscrit dans « le processus d'individualisation et de concrétisation constamment croissante » du droit, ne relève pas du simple constat : la détermination de la norme à appliquer a un caractère « constitutif et non simplement déclaratif » ; et l'indétermination des textes implique toujours qu'un choix soit effectué entre les différents sens possibles.

▲ 1. préc.
▲ 2. E. Landowski, « Statut et pratiques du texte juridique », *in* D. Bourcier, P. Mackay,

Cette conception active et volontariste de l'interprétation débouche tout naturellement sur les *théories réalistes* pour qui la norme n'aura d'existence qu'à travers l'interprétation qui en est donnée par le juge, qui apparaît du même coup comme le véritable auteur de la loi[1]. On sera dès lors conduit à s'interroger sur les critères de choix des juges, soit en mettant en avant les déterminants extra-juridiques (politiques ou individuels) sous-tendant les « politiques jurisprudentielles » (thèse réaliste « dure », selon G. Timsit), soit en les combinant avec « les contraintes de l'argumentation juridique » (thèse réaliste « modérée », selon G. Timsit)[2].

Contre ce qu'il considère comme « une nouvelle vulgate », G. Timsit avance une thèse plus nuancée. Il conviendrait, selon lui, de dépasser la fausse alternative entre les thèses opposées de totale subordination ou de totale autonomie de l'interprète, en distinguant trois figures possibles du jugement[3], qui traduisent trois modes de relation du juge à la loi : la « transcription », dans laquelle le juge ne se reconnaît ni ne s'accorde aucune autonomie à l'égard du texte qu'il transcrit (le sens est alors prédéterminé par le législateur) ; la « transdiction », dans laquelle le juge apporte à la lecture de la loi le code nécessaire à son interprétation (le sens est alors co-déterminé par lui) ; la « transgression », dans laquelle le juge fait prévaloir une logique, non seulement distincte, mais encore antagoniste de celle de l'auteur de la loi (le sens est alors sur-déterminé par lui). Au-delà de cette typologie, il apparaît plus généralement que, si l'interprétation n'est pas une simple activité mécanique de transcription, mais suppose bien une marge de liberté pour l'interprète, celle-ci est enserrée dans une série de contraintes.

▶ B. UNE LIBERTÉ RELATIVE

Le pouvoir d'interprétation dont disposent les juges n'est d'aucune manière un pouvoir discrétionnaire, et moins encore arbitraire : les juges sont soumis en réalité à un ensemble de *contraintes,* expliquant qu'alors même qu'ils sont en principe libres ils aient le « sentiment d'être liés » et que ce sentiment n'est d'aucune manière illusoire[4] ; ces contraintes sont telles qu'elles réduisent considérablement la part de subjectivité individuelle et tendent à faire de l'interprétation en large partie une œuvre collective.

1) Ces contraintes sont d'abord *d'ordre institutionnel.* Elles résultent en tout premier lieu du *statut du juge,* qui soumet son activité interprétative à une série de contraintes spécifiques, tenant aux conditions de

▲ 1. M. Troper, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *Archives de philosophie du droit,* tome 30, Sirey, 1985, p. 93.
▲ 2. G. Timsit, « Contre la nouvelle vulgate », *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges*

déroulement du « procès » (le fait que la discussion se déroule dans une enceinte fermée, que toutes les questions ne sont pas ouvertes au débat, que les délibérations soient soumises à des règles de procédure strictes, qu'il ne s'agit pas de parvenir à un accord mais de trancher, etc.[1]), ainsi qu'aux conditions particulières d'argumentation et de justification qui sont au cœur du travail juridictionnel : le juge est soumis à des contraintes d'ordre logique (nécessité d'un justification « interne », concernant la cohérence entre prémisses et conclusions, et « externe », relative aux prémisses elles-mêmes). D'où le lien indissoluble qui existe dans la pratique juridictionnelle entre argumentation et interprétation : des « arguments interprétatifs »[2] seront indispensables pour étayer le travail juridictionnel : arguments linguistiques, concernant les termes utilisés ; arguments systémiques, sous-tendus par l'idée de cohérence globale du système juridique ; arguments téléologiques, déontologiques, concernant la finalité du texte. Dans cette perspective, le juge ne saurait faire abstraction de la lettre du texte qu'il interprète : « Le texte use de mots, d'une syntaxe, de formules qui ont déjà une signification acquise, communément admise : le juge doit les prendre en compte, elles s'imposent à lui[3]. » La liberté par rapport au texte n'est donc pas totale ; elle trouve ses limites dans la nécessité pour le juge de rendre l'interprétation qu'il donne compatible avec la lettre du texte, d'assurer sa « plausibilité ».

Le travail d'interprétation du juge va être par ailleurs *encadré.* D'une part, les principes commandant l'*organisation judiciaire* réduisent sa marge de liberté. Si tout juge est amené à interpréter les textes qu'il applique, les divergences et les discordances de ces interprétations sont progressivement réduites par l'emboîtement hiérarchisé des juridictions : la juridiction suprême, placée au sommet de l'ordre juridictionnel considéré (Cour de Cassation, Conseil d'État), a notamment pour mission de trancher entre les diverses significations possibles et l'interprétation « fixée » bénéficie alors de l'autorité particulière qui s'attache aux « arrêts » de cette juridiction. D'autre part, l'activité d'interprétation est assujettie à des règles, parfois inscrites dans des textes formels (par exemple l'interdiction de prononcer par voie de règles générales, l'obligation de trancher en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, l'obligation de motiver les décisions...), parfois résultant des traditions juridiques ; et le respect de ces règles est notamment garanti par l'intervention de la juridiction placée au sommet de l'ordre juridictionnel en cause. On sera donc en présence de « directives d'interprétation »[4], d'origine et de portée variables, mais qui, guidant le travail d'interprétation du juge, restreignent sa faculté d'appréciation. Ces directives définissent un certain « modèle de compor-

▲ 1. P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interpète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *in* P. Amselek, *op. cit.,* p. 177.
▲ 2. N. Mac Cormick, *in* P. Amselek, *op. cit.*

tement », que le juge est invité à suivre dans son travail d'interprétation : elles dessinent le cadre dans lequel se déroule l'activité interprétative, offrent une panoplie de méthodes destinées à guider dans la recherche du sens des textes, présentent des arguments commodes, parce que généralement acceptés, en renfort de la motivation des décisions[1] ; selon les périodes et selon les circonstances, les méthodes seront ainsi appelées à varier[2].

2) Par-delà ces contraintes institutionnelles, se profilent d'autres *contraintes de nature sociologique*. D'abord, le juge n'exerce pas son activité d'interprétation en vase clos : il dépend des interprétations données par les autres juges, sous le contrôle de la Cour suprême, mais aussi, et plus généralement, des significations admises par le milieu des juristes ; on est en présence d'une « *communauté d'interprétation* », dont l'existence a pour effet d'imposer un certain nombre de règles du jeu, un « code de bonnes manières », des conventions qui pèseront sur le contenu même des interprétations. De manière générale, on a pu montrer qu'en tant que discours juridique, l'interprétation est tenue de respecter, non seulement les règles qui régissent en général l'accomplissement des tâches intellectuelles discursives[3], mais encore les déterminations spécifiques qui commandent la production juridique. Toute interprétation s'insère dans une chaîne ininterrompue et récursive, dont elle n'est qu'un maillon et dont elle doit respecter la cohérence globale : elle apparaît de ce fait comme « auto-référentiellement limitée »[4], chaque opération nouvelle étant prise dans le réseau des interprétations jurisprudentielles et doctrinales précédentes, avec lesquelles elle forme système. L'interprétation se présente en réalité comme un *processus collectif*, une « œuvre commune », à laquelle contribuent l'ensemble des interprètes. R. Dworkin insiste ainsi sur le principe de « cohérence narrative » qui s'impose au juge, du fait de la nécessité pour lui de se couler dans le moule de l'ensemble des jugements et du droit déjà dits, dont il ne ferait que prolonger le sens ; le juge serait dans la position d'un auteur intermédiaire d'un roman écrit par plusieurs successivement : il doit s'intégrer dans une histoire continue, respecter la cohérence de l'intrigue, tout en bénéficiant d'une liberté créatrice.

L'interprétation juridictionnelle est encore prise dans des *déterminations sociales plus générales*. Le juge ne saurait aller à l'encontre des représentations et des valeurs sociales dominantes, dont il est d'ailleurs imprégné : cette « culture » sur-détermine les analyses auxquelles il se

▲ 1. *Ibid.*
▲ 2. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5e éd., Dalloz, 2000, p. 498-499.

livre[1] ; les interprétations qu'il donne sont indissociables des significations sociales et nécessairement compatibles avec elles. Par ailleurs, le travail juridictionnel s'effectue à travers un jeu complexe d'interactions : exerçant une influence sur les comportements sociaux, le juge est exposé en retour à la pression des attentes sociales ; tenu de « convaincre un auditoire de l'acceptabilité du sens qu'il propose[2] » et de justifier le bien-fondé de ses interprétations, il est amené à intérioriser les préférences et interdits sociaux. Comme le relèvent F. Ost et M. Van de Kerchove, « à l'instar d'un jeu, l'interprétation est une pratique collective et interactive, partiellement encadrée par des règles, plus ou moins contraignantes, selon les contextes et les circonstances ». Mais ces contraintes elles-mêmes ne peuvent être mises en évidence que dans la mesure où l'on part du postulat de liberté du travail d'interprétation.

Cette liberté sous contrainte amène du même coup à s'interroger sur l'autorité attachée aux interprétations juridictionnelles, sur leur portée normative, sur leur force obligatoire : on touche ici au problème du *pouvoir normatif du juge*, problème qui interfère avec le problème précédent, sans que les réponses soient automatiquement liées ; Kelsen par example fait de l'interprétation un acte de volonté, mais sans pour autant reconnaître aux interprétations produites par le juge la force de normes de portée générale. C'est le second aspect qu'il convient maintenant d'évoquer.

doivent être interprétés comme faits de création et faits d'application de normes juridiques valables"[31], avec pour conséquence qu'en cas de révolution, l'adoption d'une nouvelle constitution efficace entraîne la modification de la norme fondamentale elle-même[32].

Ici encore, par conséquent, apparaît le caractère artificiel de la construction hiérarchique et pyramidale : la norme fondamentale, bien que censée être hiérarchiquement "supérieure" à la Constitution et située par rapport à elle dans un rapport de "délégation", se trouve en réalité elle-même déterminée par la norme "déléguée" dont elle est appelée à suivre les fluctuations.

Section 2 : Le réalisme américain

Bien qu'il soit trompeur de présenter ce courant de pensée comme monolithique (alors qu'il comporte de multiples variantes et se partage, du reste, en deux mouvements distincts : la "sociological jurisprudence", d'inspiration plus radicale, qui couvre la fin du XIXe siècle et le début du XXe et le "legal realism" généralement plus modéré, qui se développe au cours de la première moitié du XXe siècle)[33], on peut néanmoins dégager la thèse centrale qui rapproche les différents auteurs qui se rattachent à cette école : le droit ne consiste pas en un devoir-être, un ensemble de règles, mais bien en une réalité matérielle, un ensemble de comportements[34]. Le droit se ramène au comportement effectif de certaines autorités juridiques, en particulier les juges qui créent le droit au travers des décisions qu'ils adoptent.

Plusieurs conséquences découlent de ce postulat de départ. La première, qui nous retiendra exclusivement dans le cadre de cette étude, est le privilège accordé aux décisions plutôt qu'aux règles. La seconde, moins souvent observée mais tout aussi importante, est la substitution du concept d'intérêt à celui de droit[35]. La troisième est la transformation de la science du droit : plutôt que de se consacrer à une tâche de systématisation logique des règles, elle devra, selon les réalistes, se livrer à une description de la pratique effective des autorités, afin d'être en mesure d'opérer des prédictions de leurs comportements à venir. Cette tâche n'étant elle-même possible qu'au terme d'une recherche explicative des multiples facteurs, d'ordre psychologique et socio-politique, qui déterminent la démarche des décideurs.

On sait comment O.W. Holmes, bousculant le rapport hiérarchique traditionnel entre règles et décisions, création et application du droit, définissait le juridique : "Les prophéties de ce que feront effectivement les cours et les tribunaux, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par "droit""[36]. Cette affirmation, véritable point de départ et signe de ralliement

31 H. KELSEN, op.cit., p. 280.

32 Ibidem, p. 279.

33 Pour une présentation d'ensemble de ces deux courants, cf. F. MICHAUT, L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain, Lille, 1985.

34 En ce sens, H. KANTOROWICZ, Some rationalism about realism, in Yale Law Review, 1934, vol. 43, p. 1240.

35 Sur ce point, cf. K.N. LLEWELLYN, A realistic jurisprudence, the next step, (1930), reproduit in Jurisprudence. Text and readings on the philosophy of law, (G. Christie), Saint-Paul, 1973, pp. 729-735.

36 O.W. HOLMES, The path of the law, (1897), reproduit in The Bobbs-Merril law review reprint series, p. 461.

du mouvement réaliste, opère un changement de paradigme que J. Frank a fort opportunément qualifié de renversement "copernicien" : alors que la pensée traditionnelle place les règles au centre du système juridique et croit pouvoir en déduire mécaniquement les décisions d'espèce, Holmes et le mouvement réaliste placent désormais ces décisions judiciaires au coeur du système[37]. Ce renversement de priorités s'accompagne d'un changement de perspective : au point de vue classique, tout empreint de moralisme, qui privilégie la règle et le devoir d'obéissance, se substitue, chez Holmes, le point de vue du "bad man" qui se préoccupe exclusivement des éventuelles conséquences désagréables de ses actes. La question n'est dès lors plus "quel est mon devoir ?" mais "quelle probabilité y a-t-il qu'une juridiction sanctionne mon comportement ?"[38]. On comprend que, dès lors, la règle ne constitue plus une justification de la décision dans la mesure où elle ne s'impose pas a priori au décideur ; tout au plus représentera-t-elle une prédiction de la future décision... Ce n'est plus la décision qui dérive de la règle mais celle-ci de celle-là. Aussi ne convient-il plus de parler de validité de la règle ; tout au plus pourra-t-on accorder qu'une règle est vérifiée a posteriori s'il s'avère que la prédiction qu'elle formulait se réalise effectivement[39]. Même présentées sous forme de commandements généraux, reproduites depuis des siècles dans des ouvrages de doctrine et enseignées dans des cours de droit, les règles ne constituent qu'une rationalisation de prophéties relatives au futur comportement des tribunaux[40].

37 J. FRANK, Mr. Justice Holmes and non-euclidean legal thinking, (1932), reproduit in Readings in jurisprudence, (J. Hall), Indianapolis, 1938, p. 368.

38 O.W. HOLMES, The path of the law, loc.cit., p. 459.

39 K.N. LLEWELLYN, My philosophy of law, in My philosophy of law (ouvrage collectif), Boston, 1941, pp. 22-23.

40 O.W. HOLMES, loc.cit., pp. 457-458.

Pour J. Gray, les règles ne sont qu'une source du droit et en aucune façon le droit lui-même, celui-ci résultant exclusivement de l'activité des tribunaux[41]. La théorie classique refuse à admettre ce fait sans doute parce qu'elle répugne à reconnaître que, le plus souvent, les juridictions, dans l'exercice de leur pouvoir normatif créateur, produisent du droit ex post facto[42].

Poursuivant ces analyses, K.N. Llewellyn oppose les real rules aux paper rules. Seules les premières présentent une consistance, mais c'est qu'elles ne relèvent pas du registre normatif : elles visent en effet les pratiques des cours et tribunaux et se formulent en termes descriptifs et/ou prédictifs[43]. Dans le même ordre d'idées, J. Frank dénonce l'illusion du "jeu intellectuel" qui consiste à systématiser les prétendues règles de droit qui ne forment qu'un droit formel ("law-in-discourse") très éloigné de la pratique réelle des cours et tribunaux[44].

Le passage à la limite de cette conception est sans doute réalisé avec un auteur comme J. Brown qui, non content de soutenir que les règles adoptées par le législateur ne constituent pas du droit, affirme très logiquement qu'il en va également ainsi de décisions judiciaires passées et même presentes (sauf, en ce qui concerne ces dernières, pour les parties au litige). De sorte que le droit n'existe nulle part, il est seulement

41 J.Ch. GRAY, The nature and sources of the law, (1931), reproduit in Readings in jurisprudence, op.cit., p. 404.

42 Ibidem, p. 409.

43 K.N. LLEWELLYN, A realistic jurisprudence, the next step, loc.cit., pp. 1099-1100.

44 J. FRANK, What courts do in fact, (1932), reproduit in Readings in jurisprudence, op.cit., pp. 1104 et sv.

en devenir. Son seul lieu d'émergence constitue la décision d'espèce, mais sitôt apparu, il expire[45].

En ce point se révèle clairement la faiblesse de cette conception qui, pour être "révolutionnaire", n'en est pas moins, à sa façon, linéaire et hiérarchisée, toutes les sources du droit convergeant - selon le modèle de la pyramide renversée ou de l'entonnoir - dans la personne du juge, seul interprète de la juridicité. Et, de même que chez Kelsen, l'ensemble des règles culminent sur une unique norme fondamentale "supposée" - "hypothèse" d'une règle suprême, "fiction" d'une volonté ultime commandant d'obéir à la loi - de même, chez les réalistes, le droit tout entier est comme suspendu à l'instant de raison où le droit est prononcé au prétoire et aussitôt révolu. Il est significatif que, sous ses deux versions opposées, le modèle hiérarchique débouche sur une instance qui n'a pas plus de consistance que le point géométrique formant le sommet de la pyramide.

Aussi bien une telle abstraction n'est-elle guère compatible avec une attitude réellement réaliste et bon nombre d'auteurs américains s'accommoderont-ils de positions plus modérées. Ainsi en va-t-il par exemple de R. Pound qui se contente d'observer l'intrication inévitable entre les fonctions législative et judiciaire[46]. Cardozo, quant à lui, note que le pouvoir créatif du juge se développe à l'occasion de l'interprétation de la loi (qui s'impose à lui) et du comblement des lacunes qu'elle recèle

45 J. BROWN, Law and evolution, in Yale law journal, 1929, p. 394.

46 R. POUND, An introduction to the philosophy of law, New Haven and London, 1922 (nouvelle édition : 1974), p. 51 : "The judicial function and the legislative function run into one another".

parfois. Il se rapproche ainsi d'auteurs comme Saleilles, Gény et Vander Eycken qu'il cite abondamment. Et, même dans l'exercice de cette fonction d'interprétation, le juge n'est pas totalement livré à lui-même : traditions professionnelles, contrôles réciproques, convictions acquises et idéaux juridiques s'imposent en effet à lui[47]. De sorte que les rapports entre juges et législateurs sont plutôt de collaboration que d'usurpation ou d'empiètement. Cardozo propose d'ailleurs la création d'un service spécialisé du Ministère de la Justice qui, dûment averti des problèmes rencontrés par les juges à l'occasion de l'application de la loi, signalerait au législateur les besoins ressentis en matière de législation et lui suggérerait les réformes souhaitables[48]. Ce faisant, Cardozo revendique explicitement une position intermédiaire entre traditionnalistes et réalistes radicaux : "En reconnaissant, comme je le fais, que le pouvoir de dire le droit entraîne le pouvoir - et même le devoir - de créer le droit quand il n'existe pas, je n'entends pas me ranger du côté de ceux qui soutiennent qu'il n'y a pas de droit en-dehors des décisions des cours et tribunaux. Je considère que la vérité est entre deux positions extrêmes : celle de Coke, Blackstone, d'un côté, et celle de Holland, Gray et Brown, d'autre part"[49]. Cette position modérée, parfois relayée par des critiques plus

47 B.N. CARDOZO, The nature of the judicial process, New Haven and London, 1921 (nouvelle édition : 1971), pp. 113-121.

48 B.N. CARDOZO, Law and Literature, 1930, reproduit in Selected writings of B.N. Cardozo, New York, 1947, pp. 357-361.

49 B.N. CARDOZO, The nature of the judicial process, op.cit., p. 124.

radicales à l'égard du mouvement réaliste[50], nous permet d'opérer la transition avec les thèses de Hart.

Section 3 : Hart

Par rapport aux deux systèmes, au moins apparemment extrêmes, que nous avons déjà évoqués, Hart occupe manifestement une position intermédiaire, en ce sens qu'il s'est efforcé de se démarquer autant des théories réalistes que d'une construction purement kelsénienne, tout en retenant de part et d'autre certains apports essentiels. C'est d'ailleurs ce qu'il a clairement signifié d'une manière générale en affirmant que "le formalisme et le scepticisme relatif à la nature des règles sont les Scylla et Charybde de la théorie juridique ; ils constituent de fortes exagérations, salutaires lorsqu'elles se corrigent mutuellement, et la vérité repose entre les deux"[51].

Au formalisme, dont on peut partiellement rapprocher le normativisme kelsénien, Hart oppose deux limites.

50 Cf., par exemple, H. KANTOROWICZ, Some rationalism about realism, loc.cit. ; J. DICKINSON, Legal rules : their function in the process of decision (1931), reproduit in Readings in jurisprudence, op.cit., pp. 1112-1121.

51 H.L.A. HART, Le concept de droit, trad. par M. van de Kerchove, avec la collaboration de J. van Drooghenbroeck et R. Célis, Bruxelles, 1976, p. 181.

La première réside dans la "texture ouverte" qui affecte nécessairement, bien qu'à des degrés différents, toute règle juridique[52] et fait apparaître, à côté de "cas centraux et clairs auxquels elle s'applique avec certitude, d'autres pour lesquels il existe des raisons, aussi bien d'affirmer que de nier qu'elle s'y applique"[53]. L'existence de cette "pénombre de doute"[54] a pour conséquence qu'"une juridiction suprême a le dernier mot lorsqu'elle dit ce qu'est le droit et, après qu'elle l'ait dit, l'affirmation selon laquelle le tribunal avait 'tort' est sans effet à l'intérieur du système"[55].

Si ce pouvoir "créateur" ainsi reconnu aux juridictions semble, à première vue, très proche de la théorie kelsénienne de l'interprétation, ce rapprochement doit cependant susciter deux observations. La première réside, comme nous l'avons vu, dans la difficulté d'articuler cette théorie de l'interprétation avec une conception strictement linéaire de la structure du système juridique, dont précisément Hart se démarque plus ouvertement. Une deuxième observation réside dans le fait que Kelsen - en vue de sauvegarder la cohérence de la structure hiérarchique - n'a expressément reconnu aux juridictions un pouvoir de création de normes générales que lorsque celui-ci leur est conféré par une norme de compétence[56].

52 Ibidem, p. 159.

53 Ibidem, p. 153.

54 Ibidem.

55 Ibidem, p. 174.

56 Cf. en ce sens, M. TROPER, Hans Kelsen et la jurisprudence, in Archives de philosophie du droit, t. 30, 1985, p. 89.

Or, si Kelsen cite notamment le régime du "précédent, comme un cas typique où les tribunaux, en particulier les Cours suprêmes, reçoivent le pouvoir de créer par leurs décisions... des normes générales"[57], il est symptomatique que Hart analyse au contraire ce régime comme ayant été, de la part des tribunaux anglais, "une tentative réussie de prendre le pouvoir et de l'exercer"[58].

Ce faisant, Hart rompt clairement avec le formalisme kelsénien qui exige une cascade de délégations successives du sommet à la base de l'ordre juridique et exclut l'existence d'un pouvoir qui ne se fonderait pas sur une norme de compétence préexistante.

Comme l'affirme Hart lui-même, "il se peut qu'une forme d'erreur 'formaliste' consiste précisément à penser que tout pas franchi par un tribunal se trouve couvert par quelque règle générale qui lui confère d'avance le pouvoir de le franchir, de telle sorte que ses pouvoirs créateurs constitueraient toujours une forme de pouvoir législatif délégué"[59].

Dans cette perspective, le rôle créateur que jouent les tribunaux opère dès lors un double "court-circuit" par rapport à la loi : il retentit, au moins dans certaines limites, sur le contenu général des dispositions interprétées et il retentit également sur les dispositions relatives à la répartition des compétences respectives du législateur et du juge.

57 H. KELSEN, op.cit., p. 334-335.
58 H.L.A. HART, op.cit., p. 189.
59 Ibidem, p. 187.

La deuxième limite apportée au formalisme concerne les critères ultimes de validité des normes juridiques appartenant à un système.

Ici encore, Hart entend se démarquer partiellement de Kelsen. Le concept de "règle de reconnaissance" que Hart substitue à celui de "norme fondamentale" fait d'abord apparaître que ces critères ultimes de validité ne constituent pas une "supposition" ou une "hypothèse" formulée par la science du droit, mais sont "présupposés"[60] par "une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères"[61].

En cela, Hart manifeste clairement l'idée que la règle de reconnaissance, à la différence de simples règles de conduite, ne se contente pas de requérir l'"obéissance" de ses destinataires[62], mais requiert de leur part, et en particulier de la part des "autorités appartenant au système", une démarche plus "critique", à savoir le fait de partager "le point de vue interne qui consiste à accepter les règles comme des modèles pour tous ceux auxquels elles s'appliquent"[63].

60 H.L.A. HART, op.cit., p. 136.
61 Ibidem, p. 138.
62 Ibidem, p. 144 et 146.
63 Ibidem.

La règle de reconnaissance présente donc cette particularité que, tout en régissant l'activité des autorités, elle n'existe que par le fait qu'elle est effectivement "acceptée" et "utilisée" par celles-ci[64].

Le paradoxe inhérent à cette forme de rétroaction de l'application de la règle de reconnaissance sur son existence même atteint sans doute son point culminant dans le rôle spécifique que jouent les tribunaux à ce niveau. Etant donné, en effet, que divers facteurs d'incertitude peuvent affecter non seulement des règles juridiques particulières, mais encore la règle de reconnaissance elle-même[65], il apparaît qu'à ce niveau également les tribunaux sont appelés à avoir le dernier mot et à résoudre de manière ultime de tels doutes[66].

Comme le souligne Hart lui-même, le paradoxe réside dans le fait que "nous avons affaire ici à des tribunaux qui exercent des pouvoirs créateurs en déterminant les critères ultimes au moyen desquels la validité des règles de droit, qui précisément leur confèrent le pouvoir de juger, doit être elle-même appréciée"[67].

On pourrait être tenté, dès lors, de considérer que la relation, dans l'ordre des fondements, s'inverse complètement et que le fondement du système juridique ne réside plus dans la règle de reconnaissance, mais dans l'activité des tribunaux ou, pour reprendre l'expression de Hart, dans cette autre règle selon laquelle "la loi (ou la Constitution) est ce que les tribunaux disent qu'elle est"[68].

64 Ibidem, p. 140, 142 et 179.
65 Ibidem, p. 182.
66 Ibidem, p. 183.
67 Ibidem, p. 187.

En réalité, cette position que Hart attribue aux théories réalistes et qu'il qualifie de "scepticisme à l'égard des règles", est également repoussée dans sa radicalité.

Sur ce point, en effet, comme sur le point précédent, Hart introduit une distinction essentielle entre les zones de clarté et d'incertitude des règles, qu'il s'agisse des règles de conduite ou de la règle de reconnaissance elle-même.

Dès lors, s'il déclare "accueillir favorablement les arguments de celui qui se montre sceptique quant à la nature des règles", il ajoute aussitôt que "c'est marginalement qu'il est le bienvenu"[69], c'est-à-dire exclusivement en considération de la zone d'incertitude des règles.

L'originalité de la position de Hart consiste, par conséquent, à admettre que, bien que "lié" par l'ensemble des règles appartenant à un système juridique, le juge dispose à la fois d'un pouvoir créateur pour interpréter et compléter ces règles dans les limites de leur obscurité et du pouvoir de maintenir ou non son adhésion à la règle de reconnaissance du système sans laquelle celle-ci n'existerait pas[70].

68 Ibidem, p. 175.
69 Ibidem, p. 188.
70 Ibidem, p. 179 : "Ces modèles ne sauraient exister de cette manière continue si la plupart des juges du moment n'y adhéraient pas. Mais cela n'a pas pour effet que le juge qui les utilise devienne l'auteur de ces modèles".

La relation qu'on peut établir entre création et application de la règle de droit n'est donc pas univoque et ces deux processus ne se trouvent jamais entièrement subordonnés l'un par rapport à l'autre.

Si le principe hiérarchique subsiste dans "les vastes domaines centraux du droit"[71], il se trouve néanmoins ébranlé à la fois dans les zones d'incertitude et au niveau des fondements ultimes du système.

On remarquera enfin que cet ébranlement d'une conception linéaire de la structure d'un ordre juridique affecte également la façon dont Hart considère les rapports entre systèmes juridiques différents.

A la différence de Kelsen, en effet, Hart considère que la prétention d'un système juridique à fonder la validité d'un autre système juridique ne suffit pas à réduire ces deux systèmes à l'unité et à subordonner le second au premier. Pour atteindre ce résultat, il faut encore, dira Hart, que les juridictions ou autres organes d'identification du droit appartenant au second reconnaissent la règle formulant cette prétention et la considèrent comme une raison pour reconnaître les règles juridiques qu'elle prétend valider[72].

Ici encore, par conséquent, apparaît, à l'encontre de Kelsen, une forme de rétroaction d'un ordre inférieur sur l'ordre supérieur sans laquelle cette supériorité même ne saurait objectivement se concevoir.

---

71 Ibidem, p. 188.

72 H.L.A. HART, Kelsen's doctrine of the unity of law, in H.L.A. HART, Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, 1983, p. 337.

DOCUMENT 8 : M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F. (Que sais-je ?), p. 98-111.

Chapitre IV

LE RAISONNEMENT EN DROIT

1. – L'interprétation

Le mot « interprétation » désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose – qui peut être un objet matériel ou un énoncé – et le produit de cette opération. Il existe dans la littérature de la théorie du droit à propos de l'interprétation des conceptions très diverses. Les théories sont soit descriptives, soit normatives, et elles s'opposent sur plusieurs points, en particulier sur la nature de la signification qui est attribuée à la chose, sur la nature de l'opération d'interprétation, sur celle de son objet et de ses méthodes ou encore sur les conséquences qu'elles comportent pour la compréhension du système juridique.

1. **La nature de l'interprétation.** – La question de la nature de l'opération d'interprétation se pose seulement d'un point de vue descriptif. Il s'agit en effet de déterminer les fonctions mentales qui sont mises en œuvre dans les opérations effectives d'interprétation juridique. À cet égard, on peut distinguer deux thèses principales, qui comportent chacune plusieurs variantes.

Selon une conception traditionnelle, l'interprétation est une fonction de la connaissance. À cet égard, l'interprétation juridique ne présente pas de différence importante avec d'autres interprétations, par exemple celle des textes littéraires ou religieux. Cette conception repose sur quelques présupposés : l'interprétation porte sur des énoncés dotés d'une signification ; cette signification serait unique, en raison d'un rapport nécessaire entre les mots et leurs significations ; ainsi, chaque énoncé aurait sa signification propre qu'il importerait seulement de formuler ; néanmoins, cette formulation ne serait pas une véritable interprétation. C'est seulement lorsque la signification est cachée, en raison des caractères de certains énoncés vagues et ambigus, qu'il faudrait interpréter ; l'interprétation n'est donc pas nécessaire lorsque l'énoncé est clair *(in claris cessat interpretatio)*. Lorsqu'il ne l'est pas, l'interprétation consiste à faire apparaître cette signification cachée. La signification elle-même est parfois conçue comme l'intention de l'auteur de l'énoncé. Mais elle est aussi comprise parfois comme la fonction objective que doit remplir la norme dans le système juridique ou le système social. Comme elle est une fonction de la connaissance, l'opération peut être réussie ou non et son produit être une proposition vraie ou fausse. Mais, pour un énoncé donné, il n'y a qu'une bonne interprétation. Toutes les autres sont fausses. Enfin, elle peut être conduite par n'importe qui, pourvu qu'il possède une compétence technique suffisante.

Selon la conception opposée, quelquefois appelée *réaliste,* l'interprétation est une fonction de la volonté. Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui qui l'exprime. Aussi, le produit de l'interprétation ne peut-il être ni vrai ni faux.

Cependant, s'agissant d'interprétation juridique, il importe de distinguer, à la suite de Kelsen, entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine, dite aussi quelquefois *scientifique*. Le terme « authentique » est employé par Kelsen, dans un sens différent de son sens classique.

Dans le vocabulaire juridique classique, l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même de l'acte, celle qu'il a seul le droit de donner. Cette prérogative exclusive se justifie par deux arguments : d'une part, c'est celui qui a édicté l'acte, le législateur par exemple, qui en connaît le mieux la signification ; d'autre part, et surtout, le pouvoir de déterminer la signification de l'acte permet de le refaire, de sorte qu'autoriser un autre que le législateur à interpréter la loi reviendrait à lui transférer le pouvoir législatif.

Dans le vocabulaire de Kelsen, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à interpréter ou encore celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, même si son auteur n'est pas formellement habilité. Ainsi présente le caractère d'une interprétation authentique celle qui émane d'une cour suprême, mais aussi l'interprétation de la constitution donnée par un Parlement lorsqu'il n'existe pas de Cour constitutionnelle. Il n'y a guère de différence entre ces deux interprétations parce que, quels que soient leurs contenus, elles s'imposent, en ce sens qu'elles ne peuvent être contestées et que le texte interprété n'a pas d'autre signification que celle qui lui est attribuée par l'interprète. L'interprétation authentique est donc une décision, qui met fin au débat. Ce trait permet de distinguer nettement l'interprétation juridique de l'interprétation littéraire ou musicale, qui, elles, ne se terminent pas par une décision et peuvent se poursuivre à l'infini.

Il en résulte que l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application. Cette thèse se justifie de deux manières : en premier lieu, pour soutenir qu'un texte est clair, il faut en connaître la signification ; autrement dit, il faut l'avoir interprété. D'autre part, si une autorité dispose du pouvoir de donner une interprétation authentique, elle peut en user aussi bien lorsque le texte paraît clair que lorsqu'il semble obscur. L'idée qu'un texte clair ne doit pas être interprété est seulement un moyen de dissimuler un pouvoir d'interprétation. Il arrive par exemple qu'une autorité se voit refuser le pouvoir d'interpréter certains textes et soit tenue, en cas d'obscurité, de demander à une autre autorité une interprétation officielle. Il lui suffit alors d'affirmer qu'un texte est clair et qu'il ne doit donc pas être interprété, pour pouvoir en déterminer elle-même la signification.

On estime parfois que les problèmes d'interprétation proviennent non seulement de l'obscurité des textes, mais des lacunes ou des antinomies. Mais il en est des lacunes et des antinomies comme de l'obscurité : pour pouvoir affirmer que des textes comportent des lacunes ou des antinomies qui rendent nécessaire l'interprétation, il faut les avoir d'abord interprétés. Or, cette interprétation préalable est elle-même une décision, qui a pour objet de considérer les textes comme lacunaires ou antinomiques, de manière à justifier une interprétation.

Ainsi, s'il n'y a pas d'autre signification que celle qui est attribuée par l'interprète authentique, quel que soit son contenu, alors toute prétention de la part de la doctrine de déclarer qu'une interprétation est fausse est parfaitement vaine. En effet, comme il n'existe aucune

signification objective, à laquelle pourrait être comparé le produit de l'interprétation authentique, affirmer que l'interprétation d'une cour suprême est fausse reviendrait seulement à la comparer à celle que la doctrine aurait elle-même produite et érigée en standard.

Quant à l'interprétation de doctrine, Kelsen considère qu'il s'agit d'une activité de connaissance, mais, contrairement à la thèse traditionnelle, il n'admet pas qu'elle permette de découvrir une signification cachée unique. Elle vise seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix. Cette thèse a pu être contestée au moyen de quelques arguments simples.

Tout d'abord, on ne peut pas se borner à décrire les sens d'un mot ou d'un énoncé dans la langue naturelle, parce que rien n'empêche l'interprète authentique de leur attribuer, pour les besoins de l'application, un sens spécifique différent. Ensuite, il est impossible de décrire tous les sens possibles, parce que le rapport entre l'énoncé et sa signification est contingent et qu'il peut toujours arriver que l'interprète authentique utilise sa volonté pour imposer de façon arbitraire une interprétation à laquelle nul n'avait pu songer. Enfin, on ne peut contrôler les propositions auxquelles elle aboutit. Le fait qu'un juge attribue au texte un sens auquel nul n'avait songé n'est pas un échec de la doctrine et ne signifie pas qu'elle s'est trompée, mais que ce juge a énoncé une norme selon des préférences différentes.

Ainsi, s'il y a bien entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine une très profonde différence, elle ne tient pas au fait que l'une serait une activité de la connaissance et l'autre une activité de la volonté, mais simplement à ce que l'ordre juridique attribue des effets à l'une et pas à l'autre. Toutes deux sont des prescriptions, mais l'interprétation de doctrine n'est qu'une recommandation, tandis que l'interprétation authentique est un acte créateur de norme.

2. **Les méthodes d'interprétation.** – Les méthodes d'interprétation ne se confondent pas avec les simples procédés ou techniques d'interprétation, ni avec les résultats de l'interprétation. Les procédés sont des types d'arguments utilisés dans le raisonnement juridique en général, et appliqués à l'interprétation, comme les arguments *a contrario, a simili, a fortiori*. D'un autre côté, on peut comparer les résultats obtenus à l'aide des méthodes et des procédés, et distinguer l'interprétation extensive et l'interprétation *restrictive*.

On n'envisagera ici que les méthodes proprement dites, c'est-à-dire les principes de la méthode générale d'interprétation ou les classes d'arguments spécifiques à l'interprétation juridique. Il faut cependant souligner que le terme de « méthodes » est trompeur, dans la mesure où il incite à penser qu'il s'agit de moyens permettant de dégager la signification véritable d'un texte ou conduisant tout au moins à la meilleure interprétation possible. Il est donc lié à la théorie de l'interprétation-connaissance. Si l'on n'accepte pas cette théorie, il faut considérer les « méthodes » comme de simples arguments employés pour justifier l'interprétation que l'on souhaite adopter. On peut distinguer les interprétations sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle.

L'interprétation sémiotique se fonde sur le langage. Les mots et les expressions reçoivent le sens qu'ils ont habituellement dans la langue et qui résulte des règles de la grammaire. La langue dont il s'agit peut être la langue naturelle ou une langue technique, celle du droit ou celle d'une discipline spécifique.

L'interprétation génétique repose, elle, sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte, telle qu'on peut la reconstituer par exemple à travers les travaux préparatoires.

L'interprétation systémique vise à éclairer un fragment du texte par un autre, voire par d'autres textes.

Enfin, l'interprétation fonctionnelle donne au texte la signification qui lui permettra de remplir la fonction qu'on lui attribue. Une variété de l'interprétation fonctionnelle est l'interprétation téléologique, qui se fonde sur le but poursuivi par le législateur.

En réalité, les diverses catégories se chevauchent. C'est ainsi que l'on peut déterminer la fonction du texte à l'aide d'arguments tirés du langage employé ou encore du contexte systémique ou bien la volonté du législateur d'employer les mots dans leur sens ordinaire ou dans leur sens technique à l'aide d'arguments systémiques. D'autre part, chacune de ces méthodes, à l'exclusion bien sûr de la méthode génétique, peut viser à découvrir aussi bien l'intention de l'auteur originaire du texte qu'un sens objectif, indépendant de cette intention. Ainsi, par l'interprétation sémiotique, on peut rechercher le sens des mots soit au moment où ils ont été écrits, soit au moment où ils sont interprétés. De même, au moyen de l'interprétation fonctionnelle, on peut rechercher soit le sens de l'énoncé pour qu'il remplisse la fonction que lui assignait l'auteur du texte, soit celle qu'il devrait avoir pour produire des effets optimaux dans la société contemporaine.

La recherche de l'intention de l'auteur ou l'indifférence à cette intention correspondent à des préférences idéologiques. Ainsi, aux États-Unis, ceux qui veulent interpréter la Constitution conformément à l'intention de ses auteurs, les *originalistes*, sont des conservateurs. Si, en effet, on donne aux mots le sens qu'ils avaient au XVIII[e] siècle, un certain nombre de règles et de politiques, que les conservateurs combattent, doivent être considérées comme non autorisées par la Constitution, par exemple les discriminations positives *(affirmative action)*. Leur principal argument est qu'une Cour constitutionnelle, qui n'est pas élue et n'est pas investie du pouvoir constituant, ne dispose d'aucune légitimité pour appliquer une constitution différente de celle qu'ont voulue ses rédacteurs. Leurs adversaires, les *interpretivists*, sont des libéraux. Ils font valoir que, dans une démocratie, le peuple d'aujourd'hui ne doit pas être soumis au peuple d'hier et que la constitution doit être interprétée non comme une norme figée il y a deux siècles, mais comme une norme vivante.

On comprend que les méthodes d'interprétation ne peuvent conduire à un résultat unique et certain, pour la simple raison qu'il n'y a pas de sens véritable et qu'elles donnent des résultats différents selon la manière dont on hiérarchise les arguments. L'existence de ces méthodes ne remet donc pas en cause, mais confirme au contraire la liberté de l'interprète.

3. **L'objet de l'interprétation.** – On admet le plus souvent que l'interprétation porte sur des normes. En réalité, cette idée n'est pas acceptable et doit être rejetée. Elle repose en effet sur une confusion entre, d'une part, un texte (ou, plus précisément, un fragment de texte, un énoncé) et, d'autre part, une norme. La norme n'est que la signification prescriptive d'un énoncé. Dire qu'un texte peut avoir plusieurs significations, c'est affirmer qu'il peut exprimer plusieurs normes. Par exemple, l'article 11 de la Constitution française de 1958 signifie ou bien qu'il est permis de soumettre directement au référendum

un projet de révision constitutionnelle ou bien que c'est interdit. Mais, si elle est une signification, la norme ne peut être interprétée, car une signification ne peut avoir de signification. L'interprétation ne peut donc porter que sur un énoncé, et elle consiste à déterminer la norme qu'il exprime. L'idée formulée plus haut que, avant l'interprétation, il n'y a pas de signification, peut donc être retraduite dans les termes suivants : avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte.

Mais on n'interprète pas seulement un énoncé pour en déterminer le contenu, à savoir ce qu'il prescrit, mais aussi pour déterminer son statut. Ainsi, avant de savoir ce que prescrit une Déclaration des droits, si elle autorise ou non le législateur à limiter la liberté d'association ou le droit à l'avortement, il importe de déterminer si elle possède une valeur juridique – autrement dit, si elle contient des normes juridiquement obligatoires et, dans l'affirmative, à l'égard de quels destinataires. On sait que le Conseil constitutionnel a décidé en 1971 que le Préambule de la Constitution et la Déclaration des droits à laquelle il renvoyait étaient obligatoires pour le législateur. C'est donc la volonté du juge qui a conféré à cet énoncé une valeur constitutionnelle.

Il faut encore souligner que l'interprétation peut aussi porter sur des faits, et cela, dans deux cas différents. Si la loi ordonne un comportement *q* dans l'hypothèse où tel fait *p* se produirait, on doit nécessairement, avant d'adopter le comportement prescrit, déterminer si le fait s'est produit. Ainsi, avant de prononcer la peine prévue pour un certain crime, le tribunal doit déterminer si ce crime a bien été commis. Or, cette détermination n'est pas la simple constatation d'un fait empirique, mais une véritable décision. Il peut arriver que, contre toute évidence, le tribunal décide que le crime n'a jamais eu lieu. C'est ce qui se produit parfois lorsqu'un jury souhaite éviter qu'une personne ayant accompli un acte d'euthanasie soit condamnée pour meurtre. Dès lors que cette décision ne peut être légalement contestée, c'est elle qui produit des effets juridiques, quelle que soit la réalité empirique.

Mais l'interprétation ne porte pas seulement sur l'existence matérielle des faits. Elle prend aussi la forme de la qualification juridique. Il s'agit de l'opération par laquelle un fait est subsumé sous une catégorie. Ainsi, même si le prévenu s'est bien emparé d'un objet qui ne lui appartenait pas, ce geste peut ou non être considéré comme un vol. La qualification juridique constitue une interprétation du fait et présente une grande similitude avec l'interprétation de l'énoncé. Dans l'exemple précédent, le tribunal peut choisir ou bien d'interpréter l'énoncé en donnant une définition générale du vol, telle que l'acte du prévenu sera considéré ou non comme un vol, ou bien qualifier l'acte concret, sans se référer à une définition préalable. La première solution lui permet de produire une norme générale (tous les comportements définis par le juge comme vols seront punis des peines prévues pour le vol). La seconde, qui ne vaut que pour le cas d'espèce, lui évite d'avoir à formuler une définition difficile et qui le lierait lui-même. Qu'on songe par exemple à l'invocation du rôle du bon père de famille ou encore à la référence aux bonnes mœurs, qu'on désigne par le mot de « standard ».

4. **L'auteur de l'interprétation.** – Si l'interprétation authentique est seulement celle à laquelle l'ordre juridique attache des effets, c'est-à-dire celle qui ne peut être contestée et qui s'incorpore à ce texte, alors on doit considérer comme interprète authentique toute autorité compétente pour donner cette interprétation.

Il s'agit naturellement, tout d'abord, des juridictions suprêmes. Mais il y a bien d'autres autorités ayant la compétence pour donner des interprétations authentiques : celles qui, bien que non juridictionnelles, peuvent donner une interprétation qui serait incontestable devant une juridiction quelconque. La Constitution française de 1958 en offre quelques exemples : ainsi, le président de la République interprète seul les termes de l'article 16 et décide ce que signifient les expressions « menace grave et immédiate » ou « interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». On peut d'ailleurs noter que l'interprétation peut porter soit sur la définition de ces expressions, soit sur la qualification des circonstances de fait. On remarque aussi que l'interprétation authentique donnée par une autorité non juridictionnelle est si bien une décision qu'elle peut être parfois interprétée par une autre autorité comme criminelle. Tel est bien le cas de l'article 16 de la Constitution de 1958 : la mise en œuvre des pouvoirs de crise par un président qui se fonderait sur une interprétation de l'article 16 pourrait être considérée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes.

5. **Le pouvoir de l'interprète.** – La théorie de l'interprétation comme activité de découverte d'une signification cachée est étroitement liée à l'idée que le juge n'exerce et ne doit exercer aucun pouvoir. Il se borne à énoncer un syllogisme, dont la prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure le fait. Lorsque l'énoncé de la loi est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter, et lorsqu'il n'est pas clair, l'interprétation consiste seulement à découvrir, à l'aide de méthodes sûres, une signification cachée, mais néanmoins présente dans l'énoncé. Cette théorie est présupposée par les doctrines de la séparation des pouvoirs et de l'État de droit.

En revanche, l'idée que l'interprétation est un acte de volonté conduit à reconnaître au juge, et plus généralement à tout interprète, un pouvoir considérable. En effet, si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte, et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme. Celle-ci n'est pas réellement posée par l'auteur du texte interprété, le législateur par exemple, mais par l'interprète authentique. C'est pourquoi il résulte de la théorie réaliste classique que le véritable législateur n'est pas le Parlement, mais l'interprète de la loi, par exemple une cour souveraine. Prolongeant le raisonnement, on pourrait dire que le véritable constituant n'est pas l'auteur de la constitution initiale, mais la Cour constitutionnelle.

En réalité, ces conclusions doivent être nuancées et le pouvoir de l'interprète est à la fois plus étendu et plus limité. Il est plus étendu pour trois raisons. Il faut remarquer tout d'abord qu'il s'exerce à la fois sur la majeure et sur la mineure du syllogisme. Par exemple, une Cour constitutionnelle interprète le texte de la constitution et détermine la norme constitutionnelle, mais elle interprète également le texte de la loi qui lui est soumise et elle peut édicter la norme législative. D'autre part, comme les textes sont censés avoir eu dès l'origine la signification qui leur est attribuée par l'interprétation, celle-ci est rétroactive. Mais c'est surtout

pour la troisième raison que le pouvoir de certains interprètes est si considérable. Parmi les énoncés qu'une Cour constitutionnelle doit interpréter, il y a ceux qui délimitent sa compétence. En interprétant ces énoncés, la Cour est en mesure de déterminer ses propres compétences, le plus souvent pour les étendre. C'est ce qu'ont fait par exemple la Cour suprême des États-Unis, quand, en 1803, elle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois, ou le Conseil constitutionnel français en 1971, quand il a décidé d'exercer son contrôle par rapport au Préambule de la Constitution et aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Mais, d'un autre côté, le pouvoir de l'interprète apparaît comme limité par plusieurs facteurs. La première limite n'est pas rencontrée par tous les interprètes. Il s'agit de l'impossibilité, pour une juridiction, de se saisir elle-même. Cette limite existe pour le Conseil constitutionnel français. Par contre, pour les juridictions qui statuent sur des recours très largement ouverts, comme le Conseil d'État ou certaines cours constitutionnelles étrangères, la probabilité d'une saisine à propos d'une question quelconque est très grande, ce qui revient à une autosaisine. Une deuxième limite tient au caractère collectif de l'interprétation, qui résulte d'un rapport de forces. Ainsi, l'interprétation donnée par une Cour constitutionnelle d'une disposition de la constitution peut être renversée par une loi de révision. Une troisième limite est propre aux juridictions. L'interprétation donnée par une juridiction inférieure est susceptible d'être contrôlée et renversée par une juridiction supérieure. Elle sera donc, le plus souvent, conforme à l'interprétation déjà donnée ou susceptible d'être donnée par la juridiction supérieure.

Quant aux juridictions suprêmes, elles peuvent sans doute donner à un texte n'importe quelle signification, puisque, quel que soit son contenu, celle-ci ne pourra être juridiquement contestée, c'est-à-dire qu'elle sera valide et produira des effets en droit. Ces juridictions pourraient de même modifier à l'occasion de chaque application l'interprétation qu'elles donnent d'un même énoncé. On constate cependant qu'elles donnent des interprétations constantes – en d'autres termes, que les revirements de jurisprudence sont assez rares – et cohérentes, c'est-à-dire qu'elles tiennent compte, dans l'interprétation d'un énoncé, de celle qu'elles ont donnée d'autres énoncés.

Les partisans de la thèse de l'interprétation-connaissance y voient la preuve que ces cours ne sont pas juridiquement libres et qu'elles ne font que se conformer à une obligation de donner au texte son sens véritable. En réalité, un tel sens n'existe pas et le comportement des cours s'explique autrement : les normes qu'elles produisent sont générales, c'est-à-dire qu'elles visent à régler le comportement d'un nombre indéterminé de sujets. Ceux-ci ne peuvent s'y conformer que s'ils pensent que la norme qui leur sera appliquée sera la même que celle qui a été produite par l'interprétation donnée par la juridiction suprême. Si celle-ci agissait par caprices, nul ne pourrait connaître la norme applicable. Dès lors qu'elle entend exercer un pouvoir réel et régir par des règles des catégories de comportements, elle est donc contrainte à la cohérence et à la constance. Il n'y a là aucune obligation juridique, mais seulement le produit de la situation dans laquelle elle se trouve et qui la contraint à faire le choix rationnel de la cohérence. Elle est juridiquement libre, mais socialement déterminée.

DOCUMENT 9 : E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », Colloque, Sénat, 29 et 30 septembre 2006 (extrait).

« (…) Il semble, à cet égard, que l'on doive et que l'on puisse condenser les thèses de la théorie réaliste de l'interprétation en la ramenant à trois propositions essentielles, très interdépendantes, qu'il faudra ultérieurement analyser plus précisément.

Première proposition : *le véritable auteur d'une norme n'est pas l'auteur du texte (lorsque la norme procède d'un texte), mais l'interprète ultime de ce dernier*. En effet, une norme, selon ce qu'en pense d'une façon générale la théorie normativiste kelsenienne, est un énoncé prescriptif auquel s'attache une certaine signification ; pour Michel Troper, elle est plus exactement la signification prescriptive qui s'attache à un énoncé, car la portée prescriptive de l'énoncé dépend précisément de sa signification. De sorte que M. Troper en déduit que la norme ne peut se former que lorsque la signification de l'énoncé lui est enfin donnée, c'est-à-dire lorsque ce dernier fait l'objet d'une interprétation. M. Troper ajoute que cette interprétation, pour revêtir cet effet d'édiction de la norme, doit être non seulement authentique mais encore émaner de l'autorité habilitée à statuer en dernier lieu, qui est une juridiction le plus souvent, lorsqu'une telle autorité a été instituée pour statuer en dernier ressort, ainsi souveraine à cet égard. Du fait de cette habilitation à se prononcer souverainement, tous les énoncés qui peuvent être intervenus en amont de la décision finale ne présentent aucune portée normative à l'égard de l'auteur de cette dernière, dès lors que celui-ci a le *pouvoir* d'interpréter ces énoncés de manière ultime, c'est-à-dire de les faire advenir comme normes.

Deuxième proposition : *l'interprétation de chaque norme par son interprète souverain est un acte qui, en droit, est totalement libre: un acte de pure volonté et non de connaissance*. Il est libre en cela qu'il n'obéit précisément à aucune norme juridique qui obligerait l'interprète à donner telle ou telle signification à l'énoncé, puisque, avant l'interprétation, il n'y a que cet énoncé, un texte le plus souvent, qui n'est qu'un simple fait, dépourvu pour cette raison de toute signification qui obligerait en droit quelque interprète habilité que ce soit, et donc dénué à son égard de toute portée normative compte tenu de ce qu'est une norme, telle que définie plus haut : le sens que le texte pourrait tout de même présenter en fait n'est pas du droit, puisque ce texte n'est pas normatif tant qu'il n'a pas été interprété souverainement ; et il n'est pas opposable à l'interprète, puisqu'il n'est pas encore du droit avant l'interprétation. Dans ces conditions, l'interprétation ne peut donc être qu'absolument libre juridiquement, et même totalement arbitraire, en droit. Par le fait même, cette interprétation ainsi habilitée est un acte de pure volonté : elle n'implique aucun acte de connaissance d'aucune norme préalable qui obligerait l'interprète ; puisqu'il n'y a pas de norme avant l'interprétation et que cette dernière est un acte juridiquement libre, l'interprète n'a pas, pour interpréter, à connaître telle ou telle norme qui l'obligerait et qui s'imposerait à lui, dès lors que c'est au contraire lui qui, par son interprétation, fait surgir toute norme.

Troisième proposition : *La liberté de l'interprète est néanmoins enserrée dans des « contraintes juridiques »*. En effet, si cette interprétation est donc, en droit, totalement libre, la théorie réaliste introduit toutefois une réserve importante : des « contraintes juridiques » pèsent sur l'interprète. Mais contrairement à ce que leur épithète pourrait laisser penser, ces contraintes, selon l'auteur, sont non pas juridiques ou normatives en raison ou par l'effet de leur nature, comme on le dirait d'obligations

procédant du droit positif : ce sont en réalité des « contraintes matérielles », comme le dit bien l'auteur. Mais, à la différence de toutes les autres contraintes strictement matérielles qui pourraient résulter de faits extérieurs au monde du droit et influer ainsi sur les décisions juridiques (et qui peuvent être de toutes sortes, comme le sont par exemple les données psychologiques, physiologiques, sociologiques, économiques...), les contraintes dont il est question dans la version du réalisme ici en cause, sont dites « juridiques », pour mieux les différencier des précédentes, simplement parce qu'elles « résultent uniquement de la configuration du système juridique ». Elles sont bien « matérielles » selon la « théorie des contraintes juridiques » en cela que celle-ci considère le `système juridique' non pas en tant qu'ensemble de normes produisant des obligations juridiques, mais comme un système dont les obligations juridiques qu'il produit tout de même déterminent certains effets qui sont pris ici comme un ensemble de faits ou de circonstances matérielles. Et c'est de ces faits et circonstances que découlent ces « contraintes » pour l'interprète, ainsi considérées comme purement factuelles mais imputables néanmoins au système juridique pour ce qu'il implique en fait. Dans ces conditions, la théorie estime que diverses données matérielles, liées au `système juridique', s'imposent en pratique à l'interprète, même souverain. Par conséquent, sa souveraineté reste intacte juridiquement, mais elle est pratiquement limitée et même `contrainte' : l'interprète est ainsi conduit à adopter tels ou tels comportements dont le choix n'est plus vraiment libre, en réalité, car l'interprète doit en pratique se conformer à ces données qui agissent bien sur lui comme des restrictions pratiques et contingentes enfermant sa totale liberté juridique. Un exemple, donné par l'auteur, peut être tiré de la situation dans laquelle se trouvait le Président de la République en 1962, lorsqu'il a décidé de faire réviser la Constitution par référendum direct organisé sur la base de son article 11, au lieu de suivre la procédure de l'article 89 : en bonne logique réaliste, ni l'article 11 ni l'article 89 ne constituaient par eux-mêmes des normes, tant qu'ils n'avaient pas été interprétés-édictés (c'est-à-dire interprétés-méconnus si l'on pense qu'ils présentaient tout de même une objectivité normative réelle) ; mais lorsqu'il en a ainsi décidé, le Président a dû escompter qu'il ne serait pas en fait inquiété par le Parlement, qui avait pour ce faire un certain pouvoir juridique, tandis qu'il a estimé qu'aucune juridiction pouvant se prévaloir d'une compétence à cet effet, oserait condamner le recours à l'article 11 ; mais, dans le cas contraire, il aurait dû prendre une autre décision. Ainsi, les contraintes matérielles de son choix, toujours juridiquement libre d'après M. Troper, consistaient précisément à devoir tenir compte de ces données factuelles découlant de circonstances conditionnées par l'état du droit, dès lors que les pouvoirs du parlement et des juges dont il aurait pu craindre l'usage sont fixés par le droit.

Cette théorie présente naturellement des implications pratiques et théoriques importantes en cela qu'elle nous permet de saisir certaines réalités juridiques : l'expression `saisir ces réalités juridiques' doit être entendue largement, au sens de `comprendre et expliquer ces réalités au regard du droit', ou encore au sens de `les appréhender selon le droit', c'est-à-dire les `qualifier selon le droit'; en même temps, par un effet récursoire nécessaire, cette théorie nous permet aussi de comprendre le droit qui est en cause dans ces réalités ainsi saisies et, plus généralement, de faire ressortir ce qui serait la vraie réalité du droit d'une manière générale. C'est d'ailleurs ce que suggère l'appellation même de cette théorie `réaliste' qui, par ce qu'elle nous enseigne de l'interprétation, nous montre ce que serait *réellement* le droit. (…) »