

Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation?

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation?. Réalisme, interprétation, transgression, 2012, France. pp.397-414. halshs-00840601

HAL Id: halshs-00840601

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00840601>

Submitted on 2 Jul 2013

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

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

Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? *

Pierre Brunet

*Univ. Paris Ouest Nanterre,
Dir. UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et Analyse du Droit,
Membre de l'IUF*

À paraître ds J.-J. Sueur (ed.), *La Transgression*, Actes du colloque de Toulon,
Ed. Larcier, 2013

Maintenant que le réalisme a été introduit dans nos facultés de droit – nos désormais écoles ! –, il semble être devenu un des punching-ball préféré des juristes. On l'accuse de nombreux maux dont, principalement, celui d'être... irréaliste.

Cela dit, ce n'est peut-être que la rançon du succès. Car, que ce soit ici aujourd'hui ou hier, aux États-Unis ou à Uppsala, les réalistes se sont bien souvent targués de penser contre les « classiques » avant de devenir des classiques eux-mêmes.

Il ne s'agit pas ici de défendre « le » réalisme contre des attaques que l'on jugerait « injustes », ni de soutenir ses hérauts comme les supporters de football leur équipe préférée. Le premier n'en a pas besoin, les seconds ne demandent rien et l'inverse est tout aussi vrai.

Une troisième voie consiste à montrer les avantages qu'on peut retirer d'une théorie réaliste sinon du droit du moins de l'interprétation. La question qui mérite d'être posée est alors la suivante : quelle place occupe la théorie réaliste de l'interprétation dans une conception réaliste de la science du droit ?

Cela suppose de revenir un peu sur ce que l'on entend par science ou connaissance du droit puis de mesurer en quoi la théorie réaliste de l'interprétation est adaptée à la connaissance du droit.

On voudrait ici montrer que la théorie réaliste de l'interprétation n'est pas seulement une théorie isolée qui conteste une représentation formaliste de l'interprétation et du jugement judiciaire mais qu'elle participe d'une conception de la science du droit à la fois descriptive et axiologiquement neutre.

Ce faisant, on plaidera pour un « normativisme réaliste »¹ (ou un « réalisme normativiste ») qui entend dépasser la division entre normativisme et réalisme. Ce « normativisme réaliste » admet que le droit est fait de normes mais que les connaître revient à connaître des énoncés

* Si, pour l'amélioration de la qualité du service, j'avais eu la présence d'esprit d'enregistrer une conversation téléphonique avec Jean-Jacques Sueur, sans doute, ce texte eut été bien meilleur. Je tiens également à remercier très sincèrement Ricardo Guibourg pour le temps passé à discuter certaines idées au cours de promenades dans Buenos Aires.

¹ P. Chiassoni, « Wiener Realism. The Pure Theory of Law as a Realistic Jurisprudence », Colloque Kelsen, paper was presented at « Legal Science and Legal Theory. An International Conference on Philosophy of Law », Faculty of Law, University of Oxford, Oxford, September 10, 2010 et à la « Mesa redonda: 50° aniversario de la Reine Rechtslehre », XVI Seminario Italo-Hibero-Francés de Teoría del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, October 16, 2010.

interprétatifs ainsi que les présupposés sur lesquels ils se fondent et les constructions et stratégies dont ils sont le produit.

1. *Science du droit*

Le réalisme, tel qu'ils se construit progressivement au début du XX^e siècle du côté d'Uppsala et aux États-Unis, désigne un ensemble de thèses négatives et de thèses positives. Mais les deux ensembles sont intimement liés.

Parmi les thèses négatives, on peut retenir le refus du formalisme – de la « mechanical jurisprudence » –, et celui du droit naturel comme du normativisme, tous deux rejetés en ce qu'ils sont accusés de reposer sur un cognitivisme éthique et un dualisme ontologique entre le monde des valeurs et le monde des faits.

Les thèses positives tiennent en quelques affirmations fortes : le critère d'évaluation du droit est l'efficacité de la norme (et non sa validité) ; le droit est d'abord sinon exclusivement produit par les juges ; la connaissance du droit porte et doit porter sur un phénomène empirique et non sur un phénomène relevant d'une ontologie spécifique.

En d'autres termes, pour le réalisme, connaître le droit c'est – comme on le dit habituellement – connaître un fait ou un ensemble de faits sociaux ; la connaissance du droit est donc une connaissance empirique. Dans sa version danoise, une telle thèse s'exprime assez simplement : le droit est d'abord et avant tout l'exercice de la force et il n'y a empiriquement pas de différence entre l'ordre du bandit et la feuille d'impôt que me présente le percepteur. En d'autres termes, ce que l'on nomme « ordre juridique » n'est pas moins factuel que la bande de voleurs mais nos sentiments et notre attitude envers ces deux phénomènes sont, eux, très différents².

Une telle affirmation conduit bien évidemment à rejeter la conception de la science du droit de Kelsen selon laquelle la science du droit serait une science « normative » quand bien même on entendrait l'adjectif « normative » dans un sens descriptivo-constitutif pour dire non pas que la science du droit pose des normes mais qu'elle les décrit et qu'elle « constitue » son objet comme norme³. De même, une science empirique réaliste ne peut admettre que les normes soient décrites à l'aide de « propositions de droit » ou « propositions normatives » qui seraient la réitération des normes positives mais dans un sens descriptif⁴.

² A. Ross, « Review of Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays* », *California Law Review*, Vol. 45 p. 564-570, ici p. 568. Le propos n'est pas sans rappeler la phrase de Bertrand Russell : « D'un point de vue scientifique, on ne peut faire aucune distinction entre l'homme qui mange peu et voit le ciel et l'homme qui boit beaucoup et voit des serpents. » (*Science et religion*).

³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1960), trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 119 : « la société, considérée comme objet d'une science sociale normative, est un ordre normatif de la conduite réciproque des hommes ». Sur le double sens de l'adjectif dans l'expression « science normative » chez Kelsen, le meilleur article reste, je crois, celui de N. Bobbio, « Être et devoir-être dans la science du droit » in *Essais de théorie du droit*, trad. fçse M. Guéret, Paris, LGDJ, p. 185-206 ; v. aussi M Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », *Mélanges à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984 p. 527-539, repris ds *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chap. II, p. 45-55 ; I. Stewart, « The Critical Legal Science of Hans Kelsen », *Journal of Law and Society*, Vol. 17 (N°3), 1990, p. 273-308.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1960), trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, Titre III, §14 et s. où les propositions de droit ou propositions normatives (*Rechtssätze*) sont définies comme « des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu » (p. 97).

Un tel programme empiriste s'écarte tout autant de l'idée que la science du droit aurait pour objet de décrire des « énoncés internes » ou de décrire des normes en adoptant « un point de vue interne » comme le proposait Hart dans *The Concept of law*.

On sait que Hart, qui qualifie sa propre démarche de sociologie descriptive et compréhensive⁵, rejette ce qu'il appelle le point de vue externe extrême qui s'en tient à des régularités et est incapable de rendre compte du comportement individuel en terme de règles⁶. Seul le point de vue interne peut, selon lui, rendre compte de la relation entre un comportement et une norme.

Reste que les instruments linguistiques par lesquels s'expriment ces deux points de vue sont très différents. Hart distingue les énoncés internes et ceux externes. S'il ne fournit pas une description analytique pleinement satisfaisante de cette distinction, il s'évince de son propos que les énoncés internes ne sont pas des énoncés factuels : ils prennent la forme « It is the law that... »⁷. Leur statut est mal défini ou plutôt indéfini. Mais il semble assez clair que Hart les voit comme des énoncés du langage normatif. Pourtant, il semble parfois envisager qu'on puisse dire d'un énoncé interne qu'il est vrai ou faux⁸. En revanche, les énoncés externes sont toujours qualifiés par Hart lui-même d'énoncés « de fait » : ils sont descriptifs de pratiques, de comportements et donc susceptibles d'être vrais ou faux.

Ainsi, comme l'explique fort bien Bulygin, les énoncés internes sont des « prescriptions cachées », ils ne créent pas du droit mais ils sont toujours prescriptifs, tandis que les énoncés externes sont descriptifs mais ne portent plus sur le droit⁹. Cette distinction ne laisse donc guère de place à une science du droit : si les énoncés internes sont la réitération de normes – ou mieux, sont la formulation intériorisées que tel comportement est justifié par telle norme –, les énoncés externes, eux, bien que descriptifs, ne décrivent cependant pas des normes mais des conduites, des pratiques, des habitudes, des régularités.

Que faire ?

Il faut nécessairement envisager un point de vue externe modéré (comme Bulygin le propose), i.e., des énoncés externes qui décrivent une obligation juridique sans pour autant accepter cette obligation et donc sans pour autant prescrire quoi que ce soit. C'est la seule condition pour pouvoir décrire un droit étranger ou même un droit ancien. Ainsi, un énoncé tel que : « *en vertu du code de la route, les automobilistes doivent s'arrêter au feu rouge* » est descriptif et externe. Il ne prescrit rien en lui-même et ne décrit pas non plus une pratique mais une norme sans pour autant adhérer à la norme en question.

Or, ces énoncés externes sont précisément ceux de la science réaliste du droit et il n'est nul besoin du concept de validité comme « force obligatoire ».

⁵ H.L.A Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1994, préface.

⁶ Hart, *Ibid.*, p. 90 : « What the external point of view, which limits itself to the observable regularities of behaviour, cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are the majority of society ».

⁷ *Ibid.*, p. 102-103 : Et donc « it (...) is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid ».

⁸ C'est ce que fait remarquer Bulygin notamment, v. E. Bulygin, « Norms, Normative Propositions, and Legal Statements », in G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, Vol. 3, The Hague-Boston-London, 1982, pp. 127 et E. Bulygin, *Norme, Validità et sistemi normativi*, trans. P. Comanducci and R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1995, not. p. 105-106.

⁹ E. Bulygin, *Norme...*, *ibid.*, et Guastini, R., « Le "point de vue" de la science juridique », *Analisi e diritto*, 2006, p. 137-149.

Cela étant, on a pu montrer que les attaques de Ross et des réalistes scandinaves en général (il faut ici se souvenir de la violente critique d'Hägerström) contre le concept de validité comme force obligatoire de Kelsen n'étaient pas toujours aussi fondées qu'ils ont pu le croire.

La première raison vient de ce que si Kelsen emploie certes un concept normatif de validité (une norme est « valide » si elle est obligatoire), il emploie aussi un concept descriptif (une norme est valide si elle appartient au système juridique et elle y appartient lorsqu'elle a été créée par une autorité compétente)¹⁰.

Par ailleurs, Kelsen lui-même a défendu avec brio son concept de « propositions normatives » en expliquant que le seul usage du « devoir » dans un énoncé n'a pas nécessairement une signification déontique.

Enfin, il est également aisé de montrer que sa théorie a beaucoup évolué et qu'elle n'est pas dépourvue d'une importante dimension réaliste¹¹, laquelle s'exprime parfois très clairement. Ainsi, Kelsen insistera maintes fois sur la dimension empirique de sa théorie en indiquant notamment que :

« Une science n'est pas "empirique", par opposition à "métaphysique", uniquement quand elle décrit des faits qui se déroulent dans l'espace et dans le temps, mais également *quand elle décrit la signification de certains actes humains*. Une théorie du droit reste empirique *si elle se limite à la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques* »¹².

Or, ces actes empiriques, qu'ils soient envisagés par le normativisme de Kelsen ou le réalisme de Ross, ce sont dans tous les cas des énoncés linguistiques. On mesure ainsi l'importance d'une analyse qui portera sur le langage juridique.

La raison tient au fait que le langage juridique est équivoque et ambigu¹³, ce qui fait qu'on ne parvient parfois même pas à identifier la norme que tel texte est censé prescrire ; ou bien on identifie certes une norme mais, parce qu'on peut aussi en identifier d'autres, on ne sait alors pas si le texte prescrit toutes ces normes. Et comme il y a plusieurs méthodes d'interprétation possibles et toutes défendables, il n'est guère aisé de choisir et le droit lui-même ne fournit aucun critère décisif pour opérer ce choix.

Mais l'indétermination résulte aussi de ce que tout langage naturel et non formel est en lui-même imprécis ou mieux encore indéterminable parce que non référentiel : les objets auxquels se réfèrent les énoncés juridiques n'existent pas dans le monde. Ce n'est pas propre au droit mais c'est une de ses grandes particularités. On sait que l'on a signé un contrat ou écrit un testament, on sait que la France est un État et que, si le Texas en est un autre, ils ne sont juridiquement pas équivalents... On parvient donc à avoir un concept de contrat ou de testament ou d'État qui nous permet de différencier a priori et approximativement un contrat d'un acte unilatéral et un testament d'un don, un État d'une province, etc. Mais cela reste à

¹⁰ E. Bulygin, *Norme...*, p. 200-205.

¹¹ V. not. R. Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, chap. IV. ; I. Stewart, 1990, *art. cit.* ; M. Troper, 1994, *op. cit.*, P. Chiassoni, « Wiener Realism », *art. cit.*

¹² H. Kelsen, « Compte rendu de Alf Ross, *On Law and Justice* », Dossier : Théories réalistes du droit, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série N°4, 2000.

¹³ L'affirmation est un des lieux communs du réalisme, notamment américain (v. B. Leiter, « American Legal Realism », in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, M. P. Golding and W. A. Edmundson (eds.), Oxford, Blackwell Publ., 2005). D'où le nombre considérable de travaux sur l'indétermination en droit et le vague des expressions juridiques, v. not. : B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993 ; T.A.O. Endicott, *Vagueness*, Oxford, Oxford UP, 2000 ; J.J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998 ; R. Guastini, *Interpretare e argomentare. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, chap. III.

l'expérience relativement vague. Certes, les juristes aiment à dire que le droit est une science précise à défaut d'être exacte. Ils ont absolument raison lorsqu'il s'agit d'établir des différences entre les divers et principales catégories d'objets dont ils se servent. Reste que si leurs objets étaient à ce point précis, les avocats auraient bien moins de travail et l'État pourrait fermer nombre de ses juridictions.

De sorte qu'on peut fortement douter que la science juridique puisse jamais aboutir à des propositions descriptives aussi simples que « en vertu du code C, il est interdit de X » ou « en vertu du code C', il est obligatoire que O » sans procéder à une interprétation des dispositions juridiques et, mieux encore, sans procéder à une interprétation des interprétations que les organes juridiques eux-mêmes auront produites.

Une science juridique empirique a donc besoin d'une théorie de l'interprétation. Mais elle a aussi besoin d'une théorie de l'interprétation qui lui permette de faire la distinction entre deux formes d'interprétation : celle de la science et celle des organes qui produisent les normes elles-mêmes.

2. Théorie de l'interprétation

Selon une théorie positiviste non réaliste et que l'on peut qualifier de classique – celle de Hart notamment – il existe des cas dans lesquels la signification des énoncés juridiques est claire et leur attribuer une signification définie se fait selon diverses méthodes bien connues des juristes ; en revanche, il existe aussi des cas dans lesquels une décision interprétative – une décision sur l'interprétation qu'il faut retenir et donc sur la signification du texte – est nécessaire. Ces cas se présentent lorsque le texte est ambigu et ouvre la possibilité à plusieurs normes distinctes. Dans ces cas là, il n'existe pas de critère objectif, il n'existe pas de réponse vraie à la question de savoir ce que dit objectivement le texte. L'interprète autorisé à dire le sens du texte peut être l'auteur du texte lui-même mais ce peut être – c'est le plus souvent – le juge lui-même¹⁴. C'est pourquoi, selon une analyse positiviste, le juge peut être dit créateur du droit mais dans un sens spécifique : il ne crée le droit qu'à titre supplétif.

La théorie réaliste rejette les présupposés de cette théorie positiviste et les conclusions auxquelles elle aboutit.

Ce qui fait le « réalisme » de la théorie réaliste, c'est son scepticisme à l'égard d'une objectivité quelconque de la signification juridique. En un mot, la théorie réaliste affirme qu'aucune signification ne s'impose par elle-même à l'interprète ou encore, sous une forme différente, qu'il n'existe aucune signification juridique avant l'interprétation. Comme le disait John Chipman Gray, les lois énoncent des mots et il revient aux juges de dire ce que ces mots signifient¹⁵. On pourrait d'ailleurs étendre un peu le propos : pour un réaliste, si le juge est sans doute l'autorité centrale, il reste qu'il y a toujours une autorité pour dire ce que le texte signifie : ce peut-être le juge, mais ce peut-être, à défaut de juge, une autorité qui a le pouvoir du « dernier mot ».

Dès lors, la signification d'un texte n'est pas l'objet de l'interprétation mais elle en est le résultat : en droit, les interprètes disent certes s'interroger sur ce que le texte « veut dire ». Mais ce que le texte veut dire est ce qu'ils en diront jusqu'à ce que soient épuisées les voies

¹⁴ On peut citer Hart, Kelsen mais aussi Bulygin qui est très représentatif de cette conception positiviste classique et, dans un sens très proche de Hart v. J.J. Moreso, *op.cit.*, Chap V.

¹⁵ J.C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, (1909) New and revised ed. by Roland Gray, New York, Macmillan Co., 1921, Chap. V. The Courts, p. 124-125 : « for, after all, it is only words that the legislature utters; it is for the courts to say what those words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts ».

de recours (au sens non juridique du terme). Autrement dit, interpréter c'est évaluer et décider et non connaître¹⁶.

Les arguments contre ce scepticisme sont nombreux.

L'un des plus fréquemment développés est celui de Hart qui consiste à dire que la thèse réaliste est excessive : le droit comporte certes des zones de pénombre, il y a effectivement des éléments d'indétermination qui permettent de dire que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire mais cette indétermination n'est que partielle de sorte qu'on ne peut confondre le caractère définitif d'une décision et son infaillibilité¹⁷.

Il reste que cette position nuancée souffre précisément de ne pas parvenir à expliquer à quoi tient cette part de détermination/indétermination du droit. Elle ne peut non plus repousser la thèse réaliste que l'indétermination appelle de la part de l'interprète un choix. Or, la part que prend, dans ce choix, la détermination du langage reste bien difficile à discerner et évaluer. Et si une décision peut mettre fin à l'indétermination, elle a épuisé la question.

On a aussi proposé une démonstration par l'absurde : si tous les énoncés du langage juridique étaient ambigus, il n'y aurait tout simplement aucune norme possible : toute formulation d'une norme serait elle-même indéterminée et on serait en présence d'une pluralité de normes possibles sans que l'interprète ne puisse jamais savoir laquelle choisir. Le problème ne serait plus alors un problème normatif mais linguistique : si un langage ne contient pas certains termes univoques, il ne peut tout simplement plus servir d'instrument de communication¹⁸.

Or, ce raisonnement par l'absurde montre en réalité la pertinence de la thèse réaliste. En admettant qu'il existe des significations univoques, comment l'interprète les reconnaît-il ? De quel instrument dispose-t-il pour s'assurer que telle expression est univoque et ne mérite pas d'être interprétée à son tour ? Le seul moyen d'y parvenir est de recourir à une théorie selon laquelle telle disposition a telle signification en vertu de l'intention de l'auteur ou du sens objectif des expressions qui la constituent. Mais ce sont là justement des théories normatives de l'interprétation juridique qui ne décrivent pas ce que font les juristes mais prescrivent ce qu'ils doivent faire. Et la présence ou mieux la persistance de ces théories dans le discours des juristes n'est pas un hasard : elle répond à une nécessité, celle de trouver un fondement – fût-il illusoire – à ce qui n'est que l'expression d'un pouvoir.

Est-ce à dire qu'il n'y a aucune limite à l'interprétation et que les juges pourraient faire ce qu'ils veulent ? Et s'ils ne peuvent pas faire ce qu'ils veulent, n'est-ce pas la preuve de l'absurdité de la position réaliste du moins de ses excès ?

¹⁶ Et donc les normes n'existent pas avant l'interprétation, elles en sont le résultat. Sur cette idée, v. T. Ascarelli, « Interpretazione e Giurisprudenza Costituzionale », in *Problemi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1959, p. 140 ; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974 : « Introduzione al linguaggio precettivo », p. 265 et « Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua », p. 389 s. ; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980 ; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992, p. 109 ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 et *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001, not. p. 86 : « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel ».

¹⁷ v. H.L.A Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1994, chap. VII, not. pp. 141-147 : à propos du jeu de cricket : « It is this that makes it true to say that the scorer's rulings are, though final, not infallible. The same is true in law » (ici, p. 144) et : « at any given moment judges, even those of a supreme court, are part of a system the rules of which are determinate enough at the centre to supply standards of correct judicial decision » (ici p. 145). Cet argument a connu par la suite de multiples développements.

¹⁸ E. Bulygin, « Objectivity of Law in the View of Legal Positivism », *Analisi e Diritto*, 2004, p. 219-227, ici p. 226. V. aussi « True or False Statements in Normative Discourse », in R. Egidi (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 183 s.

3. Sur les limites de l'interprétation

À dire vrai, les partisans de la thèse réaliste reconnaissent bien volontiers qu'il y a des limites. Mais ils se sentent impuissants à les identifier et celles que proposent les adversaires de la théorie réaliste ne sont guère convaincantes.

Ainsi, on oppose souvent au réalisme un argument tiré de la critique qu'a suscitée l'analyse par Kripke du paradoxe « sceptique » de Wittgenstein¹⁹. Pour Wittgenstein, le paradoxe est qu'une règle ne peut déterminer aucune manière d'agir. Pour Kripke²⁰ le paradoxe sceptique affirme qu'en attribuant une signification, on ne décrit pas un fait mais on exprime une norme ; autrement dit, il n'existe pas de fait sémantique qui puisse nous garantir que telle signification existe objectivement. Et la solution que Kripke apporte est, comme on dit, « communautariste » : la normativité de la signification dépend des pratiques de la communauté.

Parmi les très nombreuses critiques suscitées par l'analyse de Kripke, il en est une qui mérite qu'on s'y arrête : elle revient à dire qu'il y a des façons de comprendre une règle qui ne sont pas des interprétations de la règle. Dès lors, on devrait garder le terme « interprétation » pour les cas où l'on substitue l'expression d'une règle à une autre. Ainsi, Wittgenstein pourrait servir à justifier que dans certains cas clairs, où il y a accord sur la règle, cet accord ne dépend pas de l'opinion des uns et des autres mais d'une forme de vie. En d'autres termes, si « les mots ne sont pas des cristaux, ils ne sont pas non plus des portemanteaux »²¹.

Mais cette thèse repose sur une distinction logiquement inacceptable pour la théorie réaliste : la distinction entre les cas clairs et les cas obscurs ou encore entre les cas faciles et ceux difficiles est elle-même le résultat de l'interprétation. En d'autres termes, les cas ne sont pas faciles ou difficiles par eux-mêmes, ils sont dits faciles ou difficiles par ceux qui ont à les résoudre²². On serait certes tenté d'opposer des règles claires à ces réalistes obtus en leur expliquant que l'application de règles claires ne posent aucune difficulté. Ainsi, quand il est dit et écrit qu'il est interdit de fumer dans l'espace de la gare, il n'y a rien à interpréter : il est interdit « veut dire » qu'il est interdit. Et sans doute celui qui brandit la règle pense-t-il que le cas est facile et la discussion close avant de commencer. Mais a-t-il jamais essayé de faire cesser de fumer un fumeur sur un quai de gare en se contentant de lui indiquer une règle ? Or, c'est précisément là que les problèmes commencent : l'inscription désignée est-elle une

¹⁹ La bibliographie est considérable mais on peut renvoyer à B. Hale, « Rule-following, Objectivity and Meaning », in *A Companion to the Philosophy of Language*, B. Hale and C. Wright (eds), Oxford, Blackwell, 1997, p. 369-396 et pour les juristes : J.J. Moreso, *op. cit.*, chap. V. et J. Coleman, B. Leiter, « Determinacy, Objectivity, and Authority », in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 213 et A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nd ed., Oxford, Hart Publ., 2005, p. 112 s.

²⁰ S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Cambridge, Harvard UP, 1982 (trad. fr. de Th. Marchaisse, *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Paris, Seuil, 1995).

²¹ M. Radin, « Statutory interpretation », *Harvard Law Review*, Vol. 43, N°6, 1930, p. 863-885, ici p. 866 : « Words are certainly not crystals, as Mr. Justice Holmes has wisely and properly warned us, but they are after all not portmanteaus. We can not quite put anything we like into them. And we may not disregard them in statutes. The real question in statutory interpretation is just what we shall do with them ».

²² v. P. Brunet, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto & Questioni Pubbliche*, N°1, 2011, p. 9-37 et R. Guibourg, « Humo de buen derecho y casos difíciles », *La Ley*, 29 novembre 2006 et R. Guibourg, « Las dificultades del nuevo iusnaturalismo », *Ideas y Derecho*, N°7, 2010, p. 89 s. Ce qui n'exclut pas que l'on construise la distinction entre cas faciles et cas difficiles pour en faire une distinction logique, v. P. E. Navarro, « Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho », *Doxa*, 14, 1993, p. 243-268 not. p. 252-261.

règle ? son champ d'application est-il déterminé par la règle elle-même ou par celui qui veut « l'appliquer » ? Et quels arguments utilisera-t-il pour déterminer ce champ d'application ? cette règle ne souffre-t-elle aucune dérogation ? etc. (Et il faut préciser qu'il n'est ici même pas encore question de l'efficacité de la règle, c'est-à-dire de la mise en œuvre de la force.) Ainsi, ce que les partisans de la distinction oublient c'est que les règles ne sont pas claires par elles-mêmes : habitués que nous sommes à vivre dans un monde de règles, sans doute ne sommes nous pas sans cesse en train de nous demander ce que signifie tel ou tel énoncé que nous considérons comme une règle par la force de l'habitude (ce que les réalistes ont toujours pris soin de souligner²³). Mais il suffit bien souvent d'y être confronté pour sentir que les choses ne sont pas aussi claires qu'elles le paraissent *a priori*.

Pour autant, nul ne conteste que des limites existent. Mais elles viennent moins des normes à appliquer que de tout un ensemble de situations de fait, règles, usages, pratiques ou encore « contraintes » dont certaines peuvent éventuellement être qualifiées de juridiques. Elle sont donc très difficiles à définir et n'ont pas toutes la même force²⁴.

Il y a évidemment des limites conceptuelles liées à ce que l'on appelle « l'idéologie des juges ». Par cette expression, on ne désigne pas l'idiosyncrasie propre à chaque juge mais cet ensemble de croyances, d'habitudes de pensée que nourrissent la pratique et la représentation que l'on en a. Il y a une idéologie judiciaire comme il y a une idéologie des professeurs de droit (et sans doute aussi des chauffeurs de taxi, des informaticiens et des journalistes sportifs...). Ces limites conceptuelles sont de l'ordre de la sociologie des juristes professionnels et sont fort bien étudiées par les sociologues du droit. Mais ces limites sont conceptuelles et non factuelles car elles sont liées à une pratique qui secrète ses propres règles²⁵. À cet égard, on sait qu'il existe des règles organisant l'interprétation – mais elles sont elles aussi sujettes à interprétation. En revanche, il existe des règles propres à la pratique qui veulent que les juges se comportent comme des juges et qu'ils cherchent la conciliation, évitent les lacunes et les contradictions, ne prennent que peu de risques par des interprétations audacieuses ou intempestives, annoncent en filigrane une évolution jurisprudentielle...

Il y a encore des limites conceptuelles liées à l'usage du langage. C'est là qu'intervient le problème du sens littéral et du sens ordinaire des termes qui font l'objet de l'interprétation. Mais une chose est de savoir qu'il existe un sens littéral, un usage ordinaire ou commun ou conventionnel et une autre chose est de s'y tenir ou plutôt de le faire prévaloir sur un autre. Or, si l'on peut en effet présumer que le sens ordinaire exerce une influence, elle n'est pas décisive. En revanche, faire prévaloir le sens littéral sur tout autre est une décision interprétative et non un acte de connaissance de ce qui est objectivement²⁶.

Il y a encore des limites institutionnelles qui sont liées aux conditions dans lesquelles interviennent les interprètes. Bien évidemment, les juges de premières instance ne disposent pas de la même liberté que les juges de cassation et de même un juge de dernière instance face à une Cour suprême. Et on peut aussi tirer argument de cela pour un système fédéral ou en

²³ Par exemple, K. Olivecrona, *De la loi et de l'État. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, (1940) trad. P. B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011, not.p. 95-100 mais aussi p. 144 s.

²⁴ J. C. Gray, *op. cit.*, p. 124-125 : « undoubtedly there are limits upon their power of interpretation but these limits are almost as undefined as those which govern them in their dealing with the other sources ».

²⁵ S. Fish, « Fish v. Fiss », *Stanford Law Review*, Vol. 36, N°6, 1984, p. 1325-1347, p. 1332 : « To be (...) "deeply inside" a context is to be already and always thinking (and perceiving) with and within the norms, standards, definitions, routines, and understood goals that both define and are defined by that context ». *Contra*, v. O. Fiss, « Objectivity and Interpretation », *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982, p. 739-763.

²⁶ v. P. Chiassoni, « On the Wrong Track : Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases », *Analisi e diritto*, 2007, Torino, Giappichelli, 2008, not. p. 149 s.

voie de le devenir comme le système européen. De même encore, une juridiction suprême qui a déjà donné une interprétation d'une disposition ne jouit pas de la même liberté que lorsqu'elle s'en saisit pour la première fois. Le problème est alors pour elle non pas de savoir « ce que dit le texte » mais « doit-on conserver la signification que nous avons donnée ». En d'autres termes, les juges ne sont pas isolés, ils ne vivent pas dans des mondes juridiquement clos.

Il y a aussi des limites argumentatives qui tiennent à la justification même du choix interprétatif. On pourrait ici invoquer l'obligation de justifier leur décision qui incombe aux juges. Soit. Mais cette même obligation dépend encore largement de l'interprétation qu'ils en feront. En revanche, la recherche d'une justification – sa construction – est contraignante. C'est d'ailleurs ce que soutient la fameuse distinction entre le contexte de découverte et le contexte de justification. La distinction est utilisée depuis Wasserstrom et Hart pour montrer que si les juges ne découvrent certes pas une décision grâce à la logique, ils ont besoin de la logique pour justifier leur décision²⁷. Cela limite certainement leur liberté. Mais encore une fois, on voit bien que cette limite tient moins au droit lui-même qu'à la logique.

Il y a enfin ce que l'on appelle des contraintes juridiques, ces situations de fait qui réduisent le choix interprétatif en rendant ce dernier nécessaire et qui peuvent tenir à plusieurs facteurs, dont certains viennent d'être rappelés²⁸.

Dans ces conditions, on peut alors se demander s'il n'y a pas une contradiction à défendre une théorie réaliste de l'interprétation qui reconnaît le caractère non objectif du droit d'un côté, et qui de l'autre entend participer de la construction d'une science du droit en rendant compte objectivement du droit en vigueur.

En d'autres termes, à quoi peut bien être utile l'interprétation scientifique dont il était question initialement ?

4. Réalisme et interprétation scientifique

Il faut revenir et clarifier quelque peu la distinction que fait Kelsen entre deux types d'interprétation : l'interprétation cognitive ou « scientifique » et l'interprétation volitive ou « authentique ». La première – pure connaissance – établit un cadre de signification ou des listes de significations possibles des énoncés ; la seconde – pure action – choisit une signification. Mais rien ni personne ne peut garantir que l'interprétation authentique se limitera au cadre ou à la liste, cadre ou liste dont Kelsen ne dit d'ailleurs pas non plus

²⁷ v. R. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford, Stanford University Press, 1961 et la recension par Hart, H.L.A., « The Judicial Decision by Richard A. Wasserstrom », *Stanford Law Review* Vol. 14 (N°4), 1962, p. 919-926 ; ainsi que Hart, H.L.A. « Problems in the Philosophy of Law », in *Encyclopedia of Philosophy* Vol. 6, 1967, p. 264-276 repris in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 88-119. Cette distinction peut toutefois s'avérer trompeuse car les décisions judiciaires dépendent entièrement de la volonté des individus qui les prennent : dès lors la justification fait partie de la décision elle-même, elle en est constitutive, v. T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 93 s. et P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, N°39, 2004, p. 197-217.

²⁸ cf. V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2005, p. 11-23. V. aussi P. Brunet et V. Champeil-Desplats: « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in *Les sources du droit revisitées*, Volume 4: *La théorie des sources du droit*, sous la direction de Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, I. Hachez, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2013, pp. 387-428.

comment ils sont établis²⁹. Ces deux interprétations sont en réalité l'une et l'autre autonomes bien que Kelsen ait cherché à les lier³⁰.

En effet, après avoir expliqué la distinction entre l'interprétation authentique (celle des organes d'application du droit) seule créatrice de droit et l'interprétation scientifique (celle des juristes), Kelsen affirme que si la seconde ne peut créer aucune norme, elle peut néanmoins présenter une efficacité pratique et permettre d'assurer « réellement, le plus haut degré de sécurité juridique »³¹. Or, plutôt que de maintenir la fiction de « l'univocité des normes juridiques », l'interprétation rigoureusement scientifique peut mettre au jour « sur la base d'une analyse critique, *toutes les interprétations possibles*, même celles qui ne sont pas politiquement souhaitables et qui n'ont peut-être pas été du tout voulues par le législateur ou par les parties contractantes, mais qui sont incluses dans la rédaction choisie par elles »³².

Mais Kelsen ne nous dit ni ce qu'il entend par interprétations « possibles », ni en quoi ces « interprétations possibles » sont encore « scientifiques », ni même en quoi on peut encore dire qu'elles décrivent le droit « en vigueur » ?

En dépit de l'imprécision, la démarche annoncée est très pertinente et on peut très largement s'en inspirer, à condition toutefois de préciser quelques points.

4.1. *Interprétation scientifique et science du droit*

Contrairement aux apparences, il n'est pas certain que « l'interprétation scientifique » dont parle Kelsen relève vraiment de la science du droit qui entend décrire le droit en général.

En effet, l'expression « science du droit » est très ambiguë. Elle a servi et sert encore aujourd'hui à désigner deux activités très différentes³³.

D'une part, une étude doctrinale du droit ou ce que Jhering appelait une « *Rechtsdogmatik* ». Cette étude est « scientifique » au sens où elle se veut systématique. Elle s'intéresse au contenu du droit et cherche le plus souvent à identifier non pas tant « le » droit que ce qui est vraiment « du » droit. Elle présuppose donc qu'il existe du droit « vrai » sinon du droit « juste » de même qu'elle présuppose qu'il existe une bonne méthode, une méthode correcte, d'interpréter les dispositions égales ou de résoudre des éventuels conflits susceptibles d'intervenir entre des normes.

D'autre part, l'expression « science du droit » peut désigner une activité de connaissance du droit positif qui se veut non pas seulement systématique mais qui se veut conforme à une certaine conception de la science. Le droit qui est alors l'objet de cette activité n'est pas le contenu d'un ordre normatif précis ou spécifique mais le droit en général, ce que l'on pourrait appeler le « phénomène normatif juridique ».

²⁹ H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986, 2^e éd., 1990, p. 148 s. et S. Paulson, « Formalism, “Free Law”, and the “Cognition” Quandary. Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation », *The University of Queensland Law Journal*, Vol. 27, N°2, 2008, p. 7-39. Mais il semble que le modèle auquel pense Kelsen soit celui de la logique.

³⁰ M. Losano, « Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen », *Riv. Intle di Fil. del Diritto*, 1968, p. 524-545 ici p. 537, qui proposait de redéfinir la première comme « structure de l'interprétation » et la seconde comme la « fonction de l'interprétation ».

³¹ H. Kelsen, *Théorie pure*, op. cit., p. 463

³² *Ibid.* Je souligne.

³³ Cf. P. Chiassoni, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 197 s. et 211 s.

Or, l'interprétation scientifique qui aurait pour vocation ou tâche de « mettre au jour toutes les interprétations possibles » est une expression très ambiguë.

Elle semble plutôt relever de la dogmatique en tant que cette dernière a pour objet le contenu du système normatif et non sa forme ou de son mode de fonctionnement général. C'est d'ailleurs ainsi que la doctrine – ailleurs qu'en France – a toujours conçu sa fonction, à savoir fournir un inventaire des significations logiquement, sémantiquement possibles³⁴.

Pour autant, afin d'être aussi réaliste que possible, pour que cette interprétation scientifique assure un haut niveau de sécurité juridique, encore lui faut-il aussi prévoir d'interpréter les décisions des juges eux-mêmes – et pas seulement les dispositions légales – en les considérant comme du droit en vigueur.

Il reste que la science du droit qui entend décrire la signification d'actes empiriques ne peut pas elle-même proposer une « interprétation scientifique » de ces actes empiriques. Doit-elle alors faire un inventaire des significations possibles ? On peut en douter. Mais elle doit toutefois décrire les interprétations produites par les interprètes.

Dans ces conditions, quand bien même cette interprétation « scientifique » serait dogmatique et ne relèverait pas de la science en tant que telle, ce n'est pas une raison de la négliger.

De là deux remarques distinctes.

4.2. *Sur le droit en vigueur*

Si l'interprétation scientifique se donne pour tâche de décrire le droit positif elle doit donc décrire tout le droit positif et pour cela il faut tenir compte des pratiques de tous ceux qui le font en tenant compte aussi des diverses manières de le faire : certains ont le pouvoir de décider de façon définitive, d'autres le pouvoir de décider de façon temporaire, d'autres ne disposent pas d'un pouvoir de décision mais d'une force de suggestion, etc. De ce point de vue, il ne fait guère de doute que la « doctrine » par ses commentaires, ses interventions, ses propres interprétations participent indirectement à la production du droit positif.

Certaines théories du droit et de l'interprétation juridique – les théories herméneutiques – insistent d'ailleurs sur le rôle de cette doctrine dans la production du droit positif et en rendant compte du droit comme une pratique sociale³⁵. Mais l'erreur qu'elles commettent est de ne pas distinguer – du moins pas explicitement – le rôle très différent que joue chacun des interprètes dans ce jeu interprétatif. Ainsi, en parlant des « juristes » comme des « travailleurs du droit »³⁶, par exemple, on fond (ou on confond) en une seule catégorie homogène une très grande diversité de positions de discours. Le risque est alors de rationaliser à l'excès la pratique juridique en laissant entendre que tous les points de vue se valent une fois qu'ont été admis dans le « cercle herméneutique » ceux qui participent à la discussion, si l'on nous permet ce jeu de mots. Or, c'est bien précisément là que le bât blesse : il faut, pour faire partie du cercle, une autorisation voire une recommandation et, en outre, au sein du cercle, certains disposent de prérogatives auxquelles d'autres n'accéderont jamais.

Cette thèse herméneutique revient dans tous les cas à considérer l'interprétation non comme un acte d'attribution autoritaire de signification mais comme une forme de découverte

³⁴ V. C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Normative systems*, Wien, New York, Springer Verlag, 1971.

³⁵ V. F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca Book, 1990.

³⁶ Cf. F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, trad. fr. O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996 et O. Jouanjan, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales* Vol. XXXVIII (119), 2000, p. 65-78 et du même, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales* Vol. XXXIX (N°121), 2001, p. 55-64.

commune de la signification, le résultat d'un travail collectif mais dont la finalité est dans tous les cas de parvenir à un accord interprétatif.

4.3. Quel critère d'évaluation de la description des interprétations ?

Reste une ultime question pour la science du droit : si ses propositions de droit sont censées décrire la signification « objective » des actes empiriques et si ces significations sont le produit d'une interprétation non objective, peut-on considérer que les propositions normatives soient encore susceptibles d'une évaluation logique et donc susceptibles d'être dites vraies ou fausses ?

En effet, le scepticisme interprétatif conduit assez naturellement à douter de ce que les énoncés interprétatifs puissent être dits vrais ou faux³⁷ : si on admet qu'aucune signification objective d'une formulation normative n'existe par elle-même, par hypothèse, aucun énoncé relatif à une norme – qui est elle-même le résultat d'une interprétation – ne peut être susceptible d'être vrai ou faux. Dès lors, les propositions décrivant ces normes – les fameuses « propositions normatives » ou « propositions de droit » de la science du droit selon Kelsen – ne pourront jamais être vraies ou fausses : c'en est alors fini de tout discours cognitif sur le droit et nous sommes réduits à un discours purement interprétatif.

Mais on peut repousser une telle position en admettant que d'une part toutes les controverses interprétatives sont doublement limitées ou circonscrites³⁸ : elles le sont dans le temps – il arrive un moment où certaines interprétations sont tenues pour définitives – et dans le champ sémantique – l'interprétation d'une disposition législative ou d'une décision de justice ne porte jamais sur l'intégralité de la disposition ou d'une décision parce qu'on tient pour admis qu'il existe un sens stable sinon littéral de telle partie de la disposition.

Cette position n'échappe pas non plus au paradoxe voire à la contradiction : comment d'un côté affirmer qu'il n'existe pas de sens objectif d'un texte et de l'autre admettre que le sens littéral puisse s'imposer au point de ne faire l'objet d'aucune discussion ? En d'autres termes, doit-on considérer qu'il existe des faits sémantiques en droit comme il en existerait dans le langage ordinaire ?

On peut sinon voir du moins dire les choses autrement.

Sans doute doit-on renoncer à la vérité comme critère d'évaluation des énoncés interprétatifs. Mais cela ne conduit pas irrémédiablement à renoncer à tout critère d'évaluation (pas plus que cela ne nous oblige à choisir un critère moral).

D'abord parce que les significations « objectives » ne le sont que relativement à un système de normes.

Ensuite, si on ne peut pas décrire « la » signification objective d'un énoncé juridique quel qu'il soit – disposition constitutionnelle, conventionnelle, légale ou contractuelle ; décision ou fragment de décision juridictionnelle, etc. – on peut toutefois envisager les interprétations possibles dans l'univers conceptuel duquel ces énoncés relèvent. Sans doute la logique est-elle ici d'une aide précieuse tout comme la sémantique, tout comme, aussi trivial que cela paraisse, le droit lui-même. Et par droit, on n'entend pas ici un ensemble de textes susceptibles de produire des normes mais un système hiérarchisé de distribution du pouvoir de

³⁷ T. Mazzaresse, « “Norm Proposition” : Epistemic and Semantic Queries », *Rechtstheorie*, 1991, p. 39 s. et « “Norm Proposition” : A Tentative Defense of a Sceptical View », in R. Egidi (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Kluwer, 1999, p. 193 s.

³⁸ R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008, Chap. IV.

produire des normes. Cette hiérarchie n'est d'ailleurs pas toujours claire et évidente ni donnée une fois pour toutes ni ne peut être formalisée par les textes juridiques eux-mêmes.

La possibilité des interprétations est donc limitée autant par le langage et la connaissance qu'on en a que par la structure du système juridique et ce qu'en font ceux qui y évoluent. Mais on ne gagnera rien en abandonnant l'idée d'une connaissance objective du droit. Et cela ne nous condamne pas non plus au point de vue interne qui consiste en un point de vue normatif et non descriptif. Décrire les interprétations possibles à la lumière des interprétations effectuées ne revient pas à prescrire quoi que ce soit.