

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFDC&ID_NUMPUBLIE=RFDC_050&ID_ARTICLE=RFDC_050_0335

Réplique à Otto Pfersmann

par Michel TROPER

| Presses Universitaires de France | Revue Française de Droit Constitutionnel

2002/2 - n° 50

ISSN 1151-2385 | ISBN 2-1305-2790-6 | pages 335 à 353

Pour citer cet article :

– Troper M., Réplique à Otto Pfersmann, Revue Française de Droit Constitutionnel 2002/2, n° 50, p. 335-353.

Distribution électronique Cairn pour les Presses Universitaires de France.

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

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

Réplique à Otto Pfersmann

MICHEL TROPER

1 – Otto Pfersmann me fait l'honneur de soumettre à une analyse approfondie un ensemble d'articles écrits au fil des années, qui se rattachent au courant réaliste de la théorie du droit. Bien qu'il porte sur ces travaux un jugement sévère, je lui suis très reconnaissant, car je prends sa critique pour une marque d'estime, venant d'un homme, dont la rigueur intellectuelle, les connaissances et l'acuité analytique m'impressionnent, et parce qu'il me fournit l'occasion de préciser certaines idées. Elles en ont sans doute besoin, parce qu'elles n'ont jamais été exprimées de manière systématique et que ces articles ont été écrits dans des buts et avec des objets différents, de sorte qu'il subsiste des flottements ou des imprécisions.

Dans la discussion qui va suivre, il importe de suivre un certain nombre de conventions et j'accepte volontiers certaines de celles qui ont été adoptées par Otto Pfersmann (que je désignerai dans la suite de ces développements par ses initiales OP). Il s'agit d'abord de l'expression « la théorie réaliste de l'interprétation » (*TRI*), bien qu'elle soit à la fois trop étroite et trop large. Elle est étroite car OP l'emploie par métonymie pour désigner des thèses diverses, qui ne portent pas seulement sur l'interprétation, mais sur la science du droit, les sources ou la structure du système juridique. Cet usage est cependant justifié dans la mesure où même si sa critique est principalement épistémologique, il discute principalement de la question de l'interprétation et n'aborde les autres points qu'en tant que présupposés de cette théorie. Mais le terme est aussi trop large, car si j'ai bien adhéré à « une » théorie réaliste de l'interprétation, il existe d'autres théories de l'interprétation, qui sont réalistes elles aussi. Je ne suis pas responsable de la substitution de l'article

Michel Troper, professeur à l'université de Paris X-Nanterre, membre de l'Institut universitaire de France.

défini à l'article indéfini, mais j'accepte volontiers, faute d'avoir proposé une autre appellation, de désigner ainsi cet ensemble de thèses.

De même, il faut considérer comme parfaitement admissible le principe d'une reconstruction des thèses, qui font l'objet du débat. Il importe en effet de distinguer les idées et les arguments des énoncés qui les expriment. Seules les idées doivent être discutées et elles doivent l'être indépendamment de leur forme linguistique, qui peut être maladroite. Dans le cas de *TRI*, les travaux visés ont été écrits sur une longue période, avec des objets et dans le cadre de débats différents et la reconstruction est inévitable. Par conséquent, OP peut légitimement critiquer des idées que je n'ai pas formulées de manière explicite, mais qu'il estime être les miennes. En revanche, il n'existe aucune nécessité d'accepter, au-delà du principe même, le contenu de la reconstruction proposée et il est au contraire souhaitable de proposer à défaut d'une reconstruction de la *TRI*, rivale de celle d'OP, au moins un résumé de ses principales propositions.

Mais, symétriquement, il faudra procéder également à une reconstruction de son raisonnement, car son texte est d'une grande complexité, en raison du nombre des arguments, de leur organisation et du recours fréquent à un métalangage dans lequel il traduit et qualifie les propositions de la *TRI*. Aussi, sera-t-il fréquemment nécessaire de résumer et de reprendre les principaux points de son argumentation.

2 – Il n'est pourtant pas possible de suivre son raisonnement pas à pas. Il procède en effet par étapes.

En premier lieu, il entreprend de donner, sous le nom de « construction », une analyse de la *TRI*, décomposée en plusieurs propositions, dont chacune est caractérisée par une formule (par exemple « principe de l'indétermination textuelle », « principe de détermination normative ») ou par un rattachement à certaines orientations doctrinales (« empirisme général », « empirisme sémantique »). Il expose alors les conséquences de ces propositions, la factualité de l'ordre juridique et la nature empirique de la science du droit.

Puis, il procède à un examen critique de la reconstruction de la Théorie pure du droit de Kelsen effectuée par la *TRI*.

En troisième lieu, il procède à une « reconfiguration », c'est-à-dire à une reconstruction de telle manière que les éléments constitutifs soient logiquement consistants et indépendants les uns des autres, ce qui implique que certains de ces éléments soient préservés et d'autres abandonnés.

Il s'estime alors en mesure de porter l'estocade. La théorie ainsi reconfigurée et reconstruite « rencontre des obstacles qui la rendent inutilisable ». Elle est en effet entachée de confusion épistémologique et elle est sans objet.

On négligera ici le deuxième temps de l'analyse. Il ne paraît pas nécessaire en effet de discuter la question de savoir si la *TRI* repose sur

une bonne ou une mauvaise compréhension de la pensée de Hans Kelsen. Elle n'est certainement pas sans intérêt, mais n'est pas essentielle pour déterminer si la *TRI* est une théorie juste. Elle pourrait en effet reposer sur une bonne compréhension de Kelsen et être erronée ou réciproquement reposer sur une mauvaise compréhension de Kelsen et être néanmoins juste. Il n'en irait autrement que si l'on présupposait que Kelsen a tout dit et qu'il a toujours raison, de sorte que toute thèse qui ne se situerait pas dans le prolongement de la Théorie pure du droit serait nécessairement erronée.

Je m'attacherai donc principalement à examiner les critiques adressées directement à la *TRI*, mais il importe auparavant de rappeler les principales thèses regroupées sous cette appellation, car le lecteur ne les a pas nécessairement en mémoire. Si OP les présente très loyalement, la reconstruction suppose une bonne connaissance des matériaux qu'il utilise.

3. Ces thèses sont les suivantes :

a) *L'interprétation en droit est l'attribution d'une signification à un texte*

b) *L'ordre juridique attache à certaines interprétations, auxquelles on donne le nom d' « authentiques », certains effets, notamment que le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée, quelle que soit cette signification, même si celle-ci est très éloignée de celle qu'on pourrait leur attribuer par ailleurs, au vu du langage employé par le texte, de ce qu'on peut connaître de l'intention de l'auteur initial du texte ou d'une donnée quelconque.*

c) *Ces interprétations sont donc le produit de la volonté de l'interprète et non une fonction de la connaissance. Ce sont des prescriptions. Elles ne sont ni vraies, ni fausses.*

d) *Comme les normes ne sont que les significations de certains énoncés, les normes ne sont pas posées par les créateurs des énoncés mais par les interprètes authentiques. Avant d'être interprétés les énoncés n'ont aucune signification.*

e) *Au nombre des normes ainsi créés par les interprètes figurent celles qui fondent leurs compétences. Ils sont donc les maîtres de leurs propres compétences.*

f) *Une science du droit distincte de son objet ne peut viser à la connaissance des normes ou des significations, mais seulement à la connaissance des actes par lesquels sont attribuées des significations et créées des normes.*

g) *Ces actes sont des phénomènes empiriques. La science du droit est donc une science empirique.*

h) *Elle se distingue de la dogmatique par laquelle les différents acteurs du système juridique justifient leurs prescriptions.*

i) *Elle se donne pour tâche de décrire et d'expliquer les actes par lesquels sont produits des énoncés.*

j) *Elle est une science spécifique parce que, à la différence des autres sciences sociales ou humaines, qui expliquent ces actes par les causes extérieures au système juridique, elle les explique par les contraintes provenant du système juridique lui-même.*

Sur la construction et la reconstruction de ces thèses opérées par OP, je me limiterai à quelques remarques.

La première concerne la qualification générale de « réaliste ». OP a raison de souligner (à la note 5) que la *TRI* n'a aucun rapport avec les thèses qui admettent que certains objets ont une existence objective indépendante de l'expérience humaine et qu'elle est en ce sens une théorie « anti-réaliste », puisqu'elle n'admet ni l'existence objective de normes ou de valeurs indépendantes des volontés ou des représentations humaines, ni la possibilité de connaître autre chose que l'expression de ces normes dans le langage. Si, elle se présente néanmoins comme réaliste, c'est au sens ordinaire du mot, celui qu'on lui donne lorsqu'on parle de peinture, de littérature ou de cinéma réalistes, par opposition à une représentation idéalisée ou embellie de la réalité. Le réalisme a pour ambition de donner une image de la réalité telle qu'elle est et les théories du droit réalistes sont celles qui s'efforcent de décrire le droit non comme une manifestation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes au moyen de la logique, mais tel qu'il est « réellement ». Malgré des divergences considérables sur ce que le droit est « réellement », cette ambition est commune à tous ceux qui se réclament du « réalisme ». À côté de conceptions plus modérées, celle de la *TRI* se présente comme très radicale et il est parfaitement légitime qu'elle suscite des critiques, comme celles d'OP, elles aussi très radicales¹.

La seconde remarque concerne la terminologie employée par OP pour sa reconstruction, comme les expressions « scepticisme doctrinal », « cognitivisme organique », etc. Toutes ces appellations, loin de clarifier les choses, ne font que les rendre plus confuses parce que les adjectifs se rapportent parfois non à une théorie, une activité ou une attitude intellectuelle, mais à l'objet de ces théories. Ainsi le scepticisme doctrinal n'est pas une espèce de scepticisme, qui se distinguerait des autres parce qu'il serait le produit d'une doctrine, par opposition par exemple à un scepticisme qui témoignerait seulement d'une attitude psychologique. C'est seulement une attitude sceptique à l'égard de la doctrine, dont la *TRI* nie qu'elle puisse connaître la signification véritable des textes. Il n'y aurait pas lieu de s'attarder sur cette terminologie, s'il s'agissait d'une simple convention et si elle ne risquait de provoquer les mêmes malentendus que la qualification d'irrationalisme à propos des thèses du dernier Kelsen. Cette qualification laisse penser que ces thèses sont irrationnelles ou hostiles au rationalisme, alors qu'elles consistent au contraire à soutenir très rationnellement que le droit n'est pas produit par la raison. De

1. Une conception plus modérée est exposée par Riccardo Guastini, notamment dans *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993; *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.

même, l'appellation de « scepticisme doctrinal » peut conduire à croire que la *TRI* est sceptique par doctrine et que le scepticisme est pour elle le point de départ de l'analyse, alors qu'il en est la conclusion.

Mais à d'autres occasions, l'adjectif se rapporte ni à la thèse, ni à son objet. Le « cognitivisme organique » n'est ainsi, pour OP, ni le cognitivisme professé par des organes, ni la thèse, parfaitement banale, qui est celle de la *TRI*, selon laquelle les organes, leur activité ou le produit de leur activité sont connaissables. C'est « l'idée que les interprétations produites par les organes donnent directement accès à la connaissance » (p. 319). OP semble ainsi prêter à la *TRI* une thèse selon laquelle l'examen des interprétations produites par les organes permettrait de connaître la signification véritable des textes, une thèse avec laquelle elle est en réalité parfaitement incompatible, puisqu'elle soutient au contraire qu'il n'existe aucune signification véritable.

Enfin, certaines des attributions faites à la *TRI* ne sont acceptables que sous réserve d'interprétation et si elles sont formulées autrement. Ainsi, la *TRI* estimerait que les énoncés relatifs à la « constitution », aux « lois », aux « règlements » ou autres catégories de normes générales et abstraites ne peuvent jamais acquérir la moindre valeur scientifique, mais tout au plus constituer à leur tour l'objet d'une science de la dogmatique juridique en tant que discours idéologique, alors que la science du droit ne porte en premier lieu que sur des décisions tranchant définitivement une question pour un cas donné.

Ainsi formulée, cette thèse est erronée. Il faut en réalité distinguer deux types d'énoncés relatifs à la constitution ou aux lois. Ceux qui émanent des autorités d'application n'ont en effet aucune valeur scientifique, car ils ont une fonction non indicative, mais prescriptive et sont donc insusceptibles d'être vrais ou faux. Lorsque le Conseil constitutionnel énonce que la constitution ordonne tel ou tel comportement, il exprime une décision et pose une norme. Cet énoncé n'a pas de valeur scientifique, mais peut bien évidemment être objet d'une science qui décrit des normes. On doit d'ailleurs remarquer que cette science est la science du droit et non la dogmatique, qui n'est pas une simple description.

Appartiennent à ce type et sont également dépourvus de valeur scientifique les énoncés par lesquels des praticiens, par exemple des avocats, affirment que telle loi a telle signification ou que telle situation concrète est régie par telle norme juridique. Ces énoncés n'ont pu être produits sans évaluation et ont eux aussi une fonction prescriptive, puisqu'ils visent à recommander à un tribunal d'adopter une certaine décision. En revanche, ils ne constituent pas l'objet d'une science du droit visant à décrire des normes, car ils ne posent aucune norme. Ils relèvent de la dogmatique, non pas d'ailleurs parce qu'ils constitueraient son objet, mais parce qu'ils sont produits au terme d'un raisonnement conduit selon les méthodes de la dogmatique juridique.

Le second type d'énoncé est formé de ceux qui émanent des professeurs. Ils ont bien une fonction indicative, puisqu'ils décrivent les énoncés du premier type et sont susceptibles d'être vrais ou faux. Ils peuvent donc avoir une valeur scientifique.

La présentation d'OP conduit ainsi à masquer l'une des ambitions de la *TRI*, qui est de fonder une distinction entre la dogmatique et la science du droit. Si en effet la hiérarchie des normes est interne au raisonnement des juges, alors la dogmatique juridique reproduit ce raisonnement, tandis que la science du droit se borne à énoncer des propositions indicatives relatives à l'existence de normes, c'est-à-dire à la production d'énoncés ayant pour objet d'interpréter d'autres énoncés, puis à tenter de faire apparaître les contraintes qui ont conduit aux énoncés du 1^{er} type.

Une troisième remarque concerne le raisonnement utilisé par OP pour procéder à la construction et l'ordre dans lequel il énonce les thèses de la *TRI*. On part de l'empirisme et de l'ontologie pour en arriver aux thèses relatives à l'interprétation en droit et à leurs prolongements. Ce dispositif a deux inconvénients.

D'une part, OP discute fort peu la question centrale : celle de savoir si oui ou non l'activité d'interprétation, telle qu'elle est exercée par les organes du droit, est une fonction de la volonté.

D'autre part, la *TRI* se présente avant tout comme une théorie de l'interprétation en droit, c'est-à-dire comme une partie de la théorie générale du droit. Comme toute théorie scientifique, sa vérité (ou sa fausseté) ne dépend pas de sa conformité à des thèses philosophiques, mais seulement de son adéquation à l'objet qu'elle prétend décrire. Il importe donc de ne pas confondre des présupposés philosophiques avec les prémisses d'un raisonnement. Elle n'est pas vraie ou fausse parce qu'elle se fonderait sur une philosophie empiriste ou qu'elle présupposerait une certaine ontologie du droit. La relation entre les thèses sur le droit et les thèses philosophiques est inverse : elle connaît des prolongements qui permettent la construction d'une théorie empiriste de la science du droit et elle justifie le choix d'une ontologie du droit.

C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible d'accepter la distinction proposée par OP entre la *TRI* et la théorie des contraintes juridiques, qui tente de répondre à certaines des objections suscitées par la *TRI* et en constitue le prolongement.

La critique se situe surtout au plan épistémologique, plutôt qu'à celui de la théorie du droit. C'est ainsi qu'il ne discute guère la question de savoir si l'opération par laquelle une autorité interprète un texte est une fonction de la volonté ou de la connaissance, mais qu'il examine soigneusement les présupposés philosophiques de la *TRI*, sa conception de la science du droit ou du droit lui-même. Cette démarche n'a rien d'illégitime, mais elle risque de manquer son but. On ne peut exclure en effet

qu'une théorie scientifique soit vraie, bien que fondée sur une conception critiquable de la science.

Les arguments d'OP visent à prouver que la *TRI* repose sur une confusion épistémologique et qu'elle est sans objet. Ce sont donc ces arguments qu'il importe de discuter dans l'ordre dans lequel ils se présentent.

I – LA CONFUSION ÉPISTÉMOLOGIQUE

La confusion épistémologique consisterait dans ce que OP appelle le « scepticisme doctrinal », qui serait lui-même lié au « cognitivisme organique », autrement dit à « l'idée que les interprétations produites par les organes donnent directement accès à la connaissance ».

On a déjà discuté les inconvénients de cette terminologie. Quoi qu'il en soit, les critiques formulées sous le titre général de « confusion épistémologique » sont rassemblées en trois groupes.

Le premier concerne « l'indétermination de la détermination », c'est-à-dire l'idée que l'activité par laquelle un interprète détermine la signification d'un énoncé n'est elle-même pas déterminée par cet énoncé lui-même, car celui-ci est indéterminé, c'est-à-dire n'est porteur d'aucune signification avant l'opération d'interprétation (formulée aux pages 319 à 324).

Or, selon OP, la *TRI* se heurte sur ce point à une première difficulté : si l'idée que l'interprète authentique n'est pas lié est vraie, alors le principe de l'indétermination textuelle est faux, de même que la thèse de l'interprétation efficiente.

Cette critique n'est pas à vrai dire d'une parfaite clarté. En premier lieu, ce que OP appelle « thèse de l'interprétation efficiente », c'est-à-dire l'idée que l'interprétation est l'attribution d'une signification, n'est pas réellement une thèse, mais seulement une définition de l'acte d'interpréter.

D'autre part, la thèse que l'interprète n'est pas lié recouvre en réalité plusieurs idées bien différentes. Elle pourrait signifier que l'interprète n'est pas lié par l'énoncé lui-même ou qu'il n'est pas tenu d'appliquer certaines méthodes d'interprétation. S'il n'est pas lié par l'énoncé, cela peut provenir de ce que celui-ci est indéterminé (au sens de OP), mais aussi il n'est pas inconcevable que l'énoncé soit déterminé, qu'il ait une signification « véritable » et que cependant l'interprète soit juridiquement libre de lui en attribuer une autre. De même, s'il n'est pas tenu d'appliquer certaines méthodes, cela pourrait signifier ou bien que l'énoncé est indéterminé, de sorte que l'emploi d'une méthode conduit à accorder à cet énoncé une signification qu'il ne possédait pas avant l'interprétation ou bien que l'énoncé est déterminé, mais qu'il n'existe aucune méthode permettant de découvrir la signification véritable ou

encore qu'il existe bien une telle méthode, mais qu'elle n'est pas uniforme et que l'interprète doit choisir celle qui lui paraîtra la mieux adaptée au type d'énoncé à interpréter ou aux circonstances de l'interprétation. En d'autres termes, la thèse que l'interprète n'est pas lié pourrait être compatible aussi bien avec le principe de l'indétermination qu'avec le principe de la détermination textuelle.

En troisième lieu, OP n'explique pas les raisons pour lesquelles il voit une contradiction entre les deux idées. Ce silence est d'autant plus regrettable que la *TRI* a toujours considéré que l'une découlait de l'autre. C'est en effet parce que l'interprète n'est tenu par aucune règle dans la détermination du sens d'un texte et qu'il est ainsi habilité à lui accorder telle signification ou telle autre, qu'on doit considérer que ce texte n'a pas d'autre signification que celle qui résulte de l'acte d'interpréter.

On pourrait d'ailleurs distinguer une version forte et une version faible de la théorie réaliste de l'interprétation. Selon la version forte, un texte est toujours indéterminé, d'où il découlerait que l'interprète ne peut pas être lié par ce texte. Selon la version faible, il n'est pas indéterminé, mais doit être considéré comme tel parce que seule la signification attribuée par l'interprète s'impose juridiquement. Ni dans un cas ni dans l'autre il n'y a de contradiction entre les deux idées, celle de l'indétermination et celle de la compétence discrétionnaire. Dans les deux cas, il existe entre elles une relation d'implication. Ce qui change, c'est le sens de cette relation.

Mais il y aurait, selon OP, une autre difficulté : la *TRI* « renvoie en fait au statut d'organe le seul critère de la normativité ». Il lui faut donc « produire un critère précis et autonome permettant d'identifier un tel organe » (p. 323-324). Cette critique ne fait malheureusement l'objet d'aucun développement et il convient de l'expliciter. OP paraît reprocher ici à la *TRI* de soutenir qu'une interprétation n'a de valeur normative que si elle présente un caractère authentique et elle ne présente un caractère authentique que parce qu'elle émane d'un organe habilité à produire une telle interprétation. D'où la question : à quel signe peut-on reconnaître un tel organe ?

Cette critique repose donc toute entière sur l'idée que, selon la *TRI*, c'est la qualité de l'organe qui détermine la qualité de l'interprétation. Or, loin de défendre cette idée, la *TRI* soutient la thèse inverse : l'interprétation authentique est celle qui s'impose juridiquement, celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, par exemple parce qu'une interprétation différente sera privée de validité ou parce que la norme à laquelle on se conforme en fait est celle qui a été produite par l'interprétation. Quelle est l'interprétation authentique de l'article 11 de la constitution de 1958 ? Celle qui conduit à autoriser la révision de la constitution par un référendum direct sans vote préalable des assemblées parlementaires. Si on peut l'identifier, c'est parce que la loi constitution-

nelle adoptée selon ce procédé est entrée en vigueur et qu'elle a servi de fondement à plusieurs élections présidentielles au suffrage universel. Si l'on refusait d'admettre que l'article 11 a bien reçu cette signification, il faudrait soutenir que la loi constitutionnelle est privée de validité, de même que toutes les élections présidentielles qui ont suivi. Quel est l'organe de l'interprétation? Ceux sans la volonté desquels elle ne pouvait prévaloir : le Président de la République, qui a imposé le recours à cette procédure pour adopter la loi constitutionnelle et le Conseil constitutionnel, qui n'a pas invalidé cette loi. On appelle donc organe de l'interprétation authentique celui qui est capable de produire cette interprétation et c'est seulement la qualité de l'interprétation qui détermine la qualité de l'organe. En dépit des apparences, le raisonnement n'est nullement circulaire, parce que la qualité de l'interprétation ne résulte que des effets qu'elle produit. Il peut arriver qu'une règle énonce que l'interprétation donnée par tel organe s'impose. Ainsi la loi qui accorde à la Cour de Cassation le pouvoir de statuer en assemblée plénière. Mais le cas le plus fréquent est celui d'une interprétation qui n'est pas susceptible de recours. Ainsi la décision complexe par laquelle les assemblées parlementaires et la Haute Cour accusent et jugent le Président de la République pour haute trahison constitue une interprétation authentique, parce que l'expression de « haute trahison » ne saurait avoir d'autre signification que celle qui a été ainsi accordée au texte. On pourrait dire la même chose de la décision par laquelle le Président de la République met en vigueur l'article 16. Ce n'est pas parce qu'il est un organe pourvu d'une qualité particulière que l'interprétation qui émane de lui est authentique, mais au contraire la circonstance que son interprétation est insusceptible de recours qui fait de lui un organe de l'interprétation authentique.

La qualité de l'interprétation est d'ailleurs une question de pur fait. L'interprétation émanant d'une autorité donnée peut ne pas être authentique et le devenir ou vice-versa. Ainsi, si la décision par laquelle le Président de la République a mis en vigueur l'article 16 est considérée comme constitutive de haute trahison, il en résulte que l'interprétation qu'il a donnée de cette disposition cesse de produire des effets de droit, de sorte qu'elle perd sa qualité d'interprétation authentique. A l'inverse, si le juge constitutionnel décidait d'examiner la conformité d'une loi de révision constitutionnelle à l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement, l'interprétation authentique serait celle qui émane non plus du pouvoir constituant, mais du juge lui-même.

Un deuxième type de critique épistémologique porte sur le scepticisme doctrinal, qui conduirait à une contradiction. Le scepticisme doctrinal est la thèse, prôtée par OP, à la TRI, selon laquelle « l'interprétation doctrinale n'existe pas » (p. 290, proposition 8b). OP considère en effet que cette thèse découle de l'idée que l'interprétation est l'attribu-

tion d'une signification à un texte, de sorte qu'avant d'être interprété un texte n'a aucune signification, n'exprime ou ne contient aucune norme. Puisque la doctrine n'a pas le pouvoir de produire des normes, elle ne peut non plus interpréter. A l'inverse, l'interprétation authentique, puisqu'elle consiste dans la production de normes, ne peut avoir aucun caractère cognitif. L'objection de OP est qu'on ne saurait pourtant exclure l'existence, à côté de l'interprétation authentique, d'une interprétation analytique, qui ne serait pas un acte de volonté, mais une connaissance de la signification des actes de volonté. D'ailleurs la *TRI* présupposerait elle-même que l'interprétation analytique est possible, puisqu'elle prétend pouvoir interpréter scientifiquement les actes de certains organes comme des interprétations authentiques.

A ce point, et pour éviter toute ambiguïté, il faut préciser que, selon OP, à la différence de la *TRI*, l'interprétation analytique vise à la connaissance de la signification des actes de volonté de l'auteur du texte à interpréter et non pas à la connaissance de la volonté de l'interprète.

Or, dit-il, non seulement la *TRI* ne prouve pas l'impossibilité d'une interprétation analytique, mais elle repose sur cette possibilité, puisqu'elle admet que l'énoncé par lequel une autorité produit une interprétation authentique est pourvu d'une signification et que cette signification est connaissable par la science du droit. En d'autres termes, lorsque la *TRI* affirme qu'un certain énoncé constitue une interprétation authentique, elle procède à une interprétation analytique. La *TRI* est donc entachée de contradiction.

Avant d'entamer la discussion, il importe de dissiper un malentendu. La *TRI* ne contient pas la thèse, que lui impute OP, que l'interprétation doctrinale n'existe pas. Une telle affirmation serait d'ailleurs bien étrange et il serait difficile de nier que la doctrine ne cesse de procéder à l'interprétation de textes législatifs ou de décisions juridictionnelles. En réalité, la question de savoir ce qui constitue une interprétation et quelles sont les interprétations qui existent dépend seulement de conventions de langage et l'on peut soutenir indifféremment l'une des deux thèses suivantes :

En premier lieu, si l'on appelle interprétation en droit, celle-là seulement qui produit des effets en droit, donc des normes, alors seule l'interprétation authentique est une interprétation, tandis que celle qui émane de la doctrine et qui ne peut jamais être productrice de normes n'est, par définition, pas une interprétation.

Mais si l'on appelle interprétation toute activité par laquelle un sens est attribué à un énoncé, alors il est évident, encore par définition, que l'interprétation doctrinale, comme l'interprétation authentique, est bien une interprétation.

La seule question qui importe et dont la solution ne dépend pas d'une convention de langage est celle de savoir non si l'interprétation

doctrinale existe, mais si l'interprétation authentique est analytique. A cette question, la *TRI* apporte une réponse claire, que OP ne semble d'ailleurs pas contester : l'interprétation authentique n'est pas analytique, parce qu'un énoncé juridique n'a pas en droit d'autre signification que celle qui lui est attribuée par l'interprétation, quelle que soit la manière dont a procédé l'interprète.

Quant à la question de savoir si l'interprétation doctrinale est analytique, elle est en réalité, pour la *TRI*, parfaitement indifférente. La *TRI* n'est en effet pas une théorie générale de l'interprétation, mais seulement une théorie de l'interprétation en droit. Même si l'on admettait que l'interprétation doctrinale est analytique, cela n'aurait aucune incidence sur la théorie du droit, parce que même s'il y avait une signification véritable, la signification des énoncés en droit resterait toujours indépendante de cette signification véritable, de même que la validité des qualifications juridiques est rigoureusement indépendante des qualifications données par la science.

Cela dit, est-il vrai que la *TRI* repose sur l'idée qu'une interprétation analytique est possible? Pour l'affirmer OP relève que la *TRI* n'est pas elle-même une interprétation authentique et qu'elle attribue néanmoins à certains énoncés émanant de certains organes, par exemple à des décisions par lesquelles des juridictions interprètent une loi, une signification normative déterminée en leur attribuant la propriété d'être normatifs. D'où l'argument selon lequel il existerait une contradiction avec l'idée que l'interprétation doctrinale n'est pas analytique. En effet, selon OP, l'interprétation par la *TRI* de l'énoncé produit par l'interprétation authentique comme étant non analytique, n'étant pas elle-même authentique, doit elle-même être conçue comme analytique.

Mais OP semble raisonner ici comme si tout ce qui n'est pas une interprétation authentique est une interprétation analytique, sans voir qu'il existe des énoncés qui ne sont ni l'un ni l'autre parce qu'ils ne sont pas des interprétations. À moins d'assimiler l'assertion que tel objet possède telle propriété ou appartient à telle classe à l'attribution d'une signification, l'affirmation que les énoncés interprétatifs produits par certains organes du droit sont normatifs, n'a rien d'une interprétation.

En réalité, lorsque OP appelle interprétation analytique la thèse que les énoncés produits par certains organes ont une propriété normative, il emploie le mot « interprétation » dans un sens beaucoup plus large et sensiblement différent de celui que lui donne la *TRI* ou même que celui qui ressort de l'usage courant. Cette thèse est en effet seulement un jugement sur la nature de certains énoncés, dont la *TRI* affirme qu'ils sont normatifs et non indicatifs. Ce jugement ne dépend ni de la forme linguistique des énoncés, ni de leurs contenus. Il n'est pas plus une « interprétation » que l'affirmation que l'acte voté par le Parlement possède selon le droit français la nature d'une loi et qu'il a donc une propriété normative.

La confusion de OP s'explique peut-être par une analogie avec le comportement d'un juge qui décide que tel texte possède la nature (ou la signification) d'une norme, comme l'a fait le Conseil constitutionnel français pour le préambule de la constitution de 1958. Une telle décision est bien appelée interprétation, mais seulement parce qu'elle est justifiée par une référence au mot « constitution » dans le texte de l'article 61 et qu'elle produit des effets dans le système juridique français. Mais reconnaître qu'elle produit des effets et qu'elle est normative n'est pas une « interprétation ». Cette affirmation ne se justifie pas par la forme ou le contenu de l'énoncé interprétatif, ni d'ailleurs de l'énoncé interprété. Elle ne peut évidemment produire aucun effet en droit et elle est susceptible d'être vraie ou fausse selon le principe de la vérité correspondante. On peut bien l'appeler une « interprétation », mais il s'agit alors d'une interprétation *latissimo sensu*, semblable à celle à laquelle on procède lorsqu'on affirme qu'une pierre n'est pas un simple fragment de rocher, mais un outil préhistorique. Ce qui distingue ces affirmations d'une interprétation au sens strict, c'est qu'elles peuvent être vraies ou fausses, ce qui n'est pas le cas des interprétations, qui sont des prescriptions. Ainsi, en dépit de « l'interprétation » de OP, l'affirmation par la TRI que l'interprétation authentique est productrice de normes n'est pas elle-même une interprétation.

Il semble pourtant avoir entendu tirer de cette « interprétation » une conclusion proprement épistémologique : puisque la TRI se fonde sur une interprétation, elle ne peut prétendre fonder une science empirique du droit, capable de décrire des normes. Elle assimile en effet les normes valides aux interprétations authentiques. Et lorsqu'elle affirme que l'acte d'un certain organe constitue une interprétation authentique, elle lui attribue elle-même la signification d'une norme valide. Or, elle ne disposerait d'aucun critère objectif pour identifier les normes, autrement dit l'interprétation authentique, car elle dépend entièrement de ses propres interprétations.

Mais cette conclusion présuppose que la TRI chercherait à décrire un « domaine spécifiquement normatif ». Or, il n'en est rien, si l'on entend par domaine spécifiquement normatif un devoir-être. La TRI se borne à observer que certains organes décident que des énoncés produits par d'autres ont la signification de normes et qu'ils ordonnent telle ou telle conduite. Elle observe en outre que ces décisions, couramment appelées « interprétations » s'imposent en fait, parce que les comportements qui sont réputés obligatoires dans le système sont seulement ceux qui sont prescrits par ces interprétations. Elle est donc fondée à les appeler des « normes » valides. Mais ce terme ne saurait signifier du point de vue d'une théorie réaliste que l'on doit réellement se comporter conformément à ces normes. Il signifie seulement que les comportements tenus pour conformes au droit dans le système considéré sont ceux qui sont conformes à ces normes.

En d'autres termes, ces décisions ne sont pas identifiées comme des actes d'interprétation authentique ou comme des normes selon un critère sémantique mais seulement en raison de leurs effets, c'est-à-dire exclusivement pour leurs propriétés empiriques.

On pourrait peut-être songer à distinguer entre l'identification par la science du droit d'une interprétation authentique et l'affirmation, à la suite de cette interprétation authentique, que tel énoncé présente telle signification, qu'il exprime une norme juridique valide. Dans le second cas au moins, dirait OP, il y a bien de la part de la science du droit une interprétation analytique. Après avoir constaté qu'un organe a attribué à un énoncé une certaine signification, la science pourrait « connaître » cette signification. La signification serait donc bien un objet de connaissance.

Cette distinction ne peut pourtant pas être retenue, car ce qui est objet de connaissance n'est jamais la signification elle-même, mais seulement l'attribution de la signification. Signification et attribution de signification ne pourraient se confondre que si l'on admettait qu'il existe une signification objective, comme il existe un devoir-être objectif. Telle est bien la conception de Kelsen, lorsqu'il soutient que les propositions de la science du droit sont descriptives, mais décrivent non un Sein, mais un Sollen et que pour cette raison, elles comportent un Sollen descriptif. En revanche, si l'on admet qu'il n'y a pas de signification, mais seulement des actes par lesquels une signification est attribuée, alors on peut bien connaître ces actes.

Le troisième type de critique épistémologique concerne le « cognitivisme organique ». OP désigne par ce terme une thèse selon laquelle l'interprète authentique serait seul capable de connaissance objective (p. 327). Il souligne qu'une telle thèse est en contradiction avec d'autres thèses de la *TRI*.

A vrai dire, on ne peut que lui donner raison sur ce dernier point. Il est parfaitement exact que la *TRI* soutient que l'interprétation n'est pas le produit d'une connaissance, mais seulement de la volonté et que si elle acceptait le cognitivisme organique, elle serait entachée de contradiction. Mais, il est en revanche tout à fait inexact que la *TRI* accepte un quelconque cognitivisme organique. Elle soutient que l'activité de ces organes peut être objet de connaissance, non qu'ils sont eux mêmes capables de connaissance objective.

II – L'ABSENCE D'UN OBJET

La critique est simple dans son principe : la *TRI* assigne à la science du droit la tâche de décrire des normes et elle prétend que les normes sont celles qui résultent d'une interprétation authentique. Or, dit-il, la

TRI est incapable d'identifier ces normes. Il s'efforce de démontrer cette thèse en quatre points.

- La *TRI* ne peut les identifier par leurs auteurs.
- Ni par leur efficacité normative.
- Ni par leur efficacité factuelle.
- Elle aboutit ainsi à une double régression.

a) *L'identification par les auteurs*

L'un des moyens d'identifier les normes pourrait être leur source, c'est-à-dire le fait qu'elles ont été produites par l'interprétation authentique qu'un organe a donnée d'un énoncé. Mais quels sont ces organes? La *TRI* ne peut les définir par les compétences qu'ils tiendraient d'un texte, puisque ce ne peut être un texte, mais seulement une norme, qui accorde une compétence. Ils les tiennent donc d'une norme, mais comme cette norme est elle-même le produit d'une interprétation authentique, les organes d'interprétation sont les maîtres de leurs propres compétences. Pour identifier les organes de l'interprétation authentique et les distinguer d'un individu quelconque qui prétendrait produire des normes par l'interprétation, il faut donc disposer d'un critère supplémentaire.

Mais ce critère, la *TRI* le trouve dans les effets que l'ordre juridique fait produire à une interprétation. Ainsi, ce n'est pas la qualité de l'organe qui fait l'interprétation authentique, c'est l'interprétation authentique, qui fait l'organe. Et l'interprétation authentique est celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets.

Or, et là le point central de l'argumentation de OP, il serait impossible d'identifier l'interprétation soit par ses effets normatifs, soit par ses effets factuels (p. 329).

Il serait d'abord impossible de l'identifier par ses effets normatifs, parce que, dit-il, « une norme est ce qui rend obligatoires, permis ou interdits certains comportements humains et c'est en cela que consiste son effet ». Aussi, dire qu'une norme produit des effets, ne serait qu'un pléonasme. On ne pourrait donc dire que l'organe de l'interprétation authentique est celui qui produit des effets factuels, parce que ce serait la même chose que de dire que c'est un organe qui produit des normes.

Il serait de même impossible de l'identifier par ses effets factuels. OP vise en effet par là « l'efficacité en termes de causalité factuelle ». Selon cette conception, une norme est dite efficace lorsque le comportement qu'elle prescrit a lieu effectivement. Or, écrit OP, tenter de définir une norme par son efficacité, serait transgresser la loi de Hume, selon laquelle on ne peut dériver un énoncé prescriptif d'un énoncé descriptif.

b) *L'efficacité normative*

Le premier argument, l'impossibilité d'identifier l'interprétation par ses effets normatifs, repose sur une définition exagérément restrictive de ce qu'il faut entendre par « effets » ou sur une confusion entre les effets de l'interprétation et les effets de la norme ou encore entre la nature et le contenu de l'acte d'interprétation.

Il est assez étrange d'observer que le normativiste OP, adresse à la *TRI* une critique semblable à celle que le réaliste Alf Ross, adressait, très injustement d'ailleurs, au normativiste Kelsen.

Ross reproche à Kelsen de soutenir que, s'agissant d'une norme juridique, valide signifie juridiquement obligatoire. En effet, écrit-il, si une conduite est dite obligatoire lorsqu'une norme prescrit des sanctions en cas de conduite contraire, alors il ne peut pas y avoir d'obligation d'obéir à la norme, qui soit distincte de l'obligation d'adopter la conduite prescrite par la norme. Si une norme m'ordonne de payer des impôts, je ne suis pas soumis à une obligation d'obéir à cette norme que l'on pourrait distinguer de l'obligation de payer des impôts. Si les deux obligations se confondent, alors dire que la norme qui ordonne de payer des impôts est obligatoire ne signifie pas autre chose que « il est obligatoire de payer des impôts ».

Pour Ross ceux qui assimilent la validité et le caractère obligatoire ne peuvent échapper à cette tautologie qu'en considérant que les deux obligations sont distinctes et que l'obligation d'obéir à la norme n'est pas « juridique », mais « morale ».

L'idée d'un devoir d'obéissance au droit (d'accomplir les obligations légales) n'est dotée de sens que si l'on suppose que le devoir dont on parle est un vrai devoir moral, correspondant à la « force obligatoire » inhérente au droit².

C'est précisément ce que font certains auteurs, habituellement appelés « positivistes », qui considèrent que le droit positif possède une validité ou une force obligatoire absolue.

Mais ces auteurs s'éloignent du positivisme véritable, qui entend se borner à décrire le droit en vigueur, comme on décrit un fait, en s'abstenant de tout jugement de valeur et de toute prescription. Ce ne sont que des « quasi-positivistes » et leur attitude relève en réalité du jusnaturalisme, puisqu'ils prétendent énoncer ce qui doit être : l'obéissance au droit positif. Hans Kelsen ne serait lui-même que l'un de ces quasi-positivistes, un jusnaturaliste déguisé.

Cependant, le reproche de tautologie n'est pas fondé. Il n'est pas vrai que l'obligation d'obéir à la norme qui ordonne de payer des impôts se

2. A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961 (trad. française par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, à paraître).

confonde avec l'obligation de payer des impôts sous peine de poursuites. Du point de vue de Kelsen, si l'on admet que l'obligation de payer l'impôt est établie par la norme émise par le percepteur, l'obligation d'obéir à cette norme ne peut pas être établie par lui, mais seulement par une norme supérieure, qui est la loi. Affirmer l'existence de cette seconde obligation, n'est donc pas affirmer l'existence d'une quelconque obligation morale, mais seulement d'une norme juridique supérieure. Du point de vue de la *TRI*, les effets de l'interprétation ne se confondent pas avec les effets de la norme. L'effet de l'interprétation est que les autres autorités sont tenues d'attribuer à un énoncé la même signification que l'interprète authentique. Les effets de la norme issue de l'interprétation est que telle conduite est obligatoire ou permise.

La *TRI*, comme d'ailleurs la Théorie pure du droit, envisage non les effets de la norme, mais ceux de l'interprétation. On peut dire que l'interprétation authentique produit des effets normatifs, parce que les sujets sont tenus d'appliquer un énoncé en lui donnant la signification que lui a donnée l'interprète, de sorte que cet énoncé n'a pas d'autre signification que celle là. De même qu'on définit comme loi un acte que l'ordre juridique fait bénéficier du régime de la loi et ordonne d'appliquer comme loi, de même c'est à ces effets que l'on reconnaît l'interprétation authentique et c'est aussi en raison de ces effets que l'interprétation authentique est créatrice de normes. Sans doute ces normes ont elles à leur tour des effets, au sens de OP, puisqu'elles prescrivent des conduites, mais ils ne se confondent nullement avec les effets de l'interprétation elle-même, pas plus que les conduites prescrites par la loi ne sont identiques aux effets de l'acte de législation.

On pourrait objecter qu'il y a une différence entre la législation et l'interprétation, car le législateur, contrairement à l'interprète authentique, est habilité par la constitution. Cependant, cette différence s'évanouit si l'on considère que l'interprète est lui aussi habilité par une norme supérieure. Sans doute cette norme supérieure, résulte-t-elle d'une interprétation, mais il en va de même de la constitution pour le législateur. Lorsqu'un Parlement adopte une loi, il se réfère bien à une disposition, qu'il interprète comme signifiant qu'elle l'habilite à légiférer. Lorsque le Parlement de la IV^e République, interprète la constitution de 1946 comme l'autorisant à adopter des lois-cadres, il n'est pas dans une situation différente de celle du Conseil constitutionnel interprétant la constitution de 1958 comme l'autorisant à contrôler la conformité des lois au préambule. Dans les deux cas, c'est bien une norme supérieure qui habilite l'interprète, mais cette norme supérieure est elle-même un produit de l'interprétation.

Dans les deux cas, aucune procédure ne permet d'invalider cette interprétation, ni d'invalider les normes qui sont produites sur le fondement de cette interprétation, par exemple les normes constitutionnelles

produites par le Conseil constitutionnel lorsque, à la suite de sa décision de 1971, il interprète telle ou telle disposition du préambule. Il est donc parfaitement légitime de parler ici d'efficacité normative.

c) *L'efficacité factuelle*

Le second reproche adressé à la *TRI*, celui de vouloir définir une norme par son efficacité factuelle et de transgresser ainsi la loi de Hume, n'est pas moins étrange. Il repose en effet sur l'idée que définir ou identifier une norme serait prescrire. Si tel était réellement l'objet d'une définition de la norme, alors il y aurait bien transgression de la loi de Hume. On observerait que les comportements prescrits par certains organes ont effectivement lieu et l'on prétendrait en inférer que ces comportements doivent avoir lieu.

Mais il ne s'agit pas du tout de cela. OP semble raisonner comme si affirmer l'existence d'une norme revenait à affirmer que le comportement prescrit doit avoir lieu. Cette fois, c'est lui qui tombe sous le coup de la critique adressée par Ross à Kelsen. La critique de Ross était injuste envers Kelsen, mais elle serait tout à fait pertinente à l'égard de OP. Selon Ross, lorsque la proposition de droit, telle que la conçoit Kelsen, affirme qu'une norme est valide, elle affirme qu'il existe une obligation objective de se comporter comme cette norme le prescrit, ce qui revient à prescrire. Cette prescription serait même de nature morale. En réalité, la proposition de droit de Kelsen se borne à affirmer l'existence d'une norme dans un certain système juridique. Dire qu'elle est objectivement valide ou obligatoire, signifie non pas qu'on doit absolument s'y conformer, mais seulement que si l'on entend se comporter conformément au droit en vigueur – ce qui ne peut pas être juridiquement obligatoire –, alors il faut adopter le comportement prescrit.

En revanche, quand OP soutient qu'identifier une norme c'est prescrire à son tour, il commet précisément l'erreur dénoncée par Ross. Identifier une norme, quel que soit le critère d'identification, qu'il s'agisse de la conformité à une norme supérieure, comme dans la *Théorie pure du droit*, de l'acceptation conformément à la règle de reconnaissance, comme chez Hart, du comportement des juges, comme chez les réalistes ou du comportement des sujets comme chez les sociologues du droit, ce n'est pas prescrire, mais seulement affirmer que, selon un certain système juridique, il faut se comporter d'une certaine façon. Il ne s'agit pas d'une prescription, car si l'on n'est pas soumis à ce système juridique, il n'existe aucune obligation de se conduire comme la norme le prescrit. Pas plus que la proposition de droit « la loi L est conforme à la constitution » n'est la prémisse prescriptive d'un raisonnement qui aboutirait à la prescription « il faut se conformer à la loi », les critères tirés de l'observation de comportements effectifs ne doivent être pris pour des prémisses descriptives d'un raisonnement dont la conclusion serait une prescription.

Cela étant, la *TRI* ne prétend nullement, contrairement à ce que prétend OP, identifier les normes et au delà les organes de l'interprétation authentique à l'aide de critères tirés de « l'efficacité factuelle ». Si par « efficacité factuelle » on désigne le fait que les comportements prescrits ont effectivement lieu, cette efficacité est tout à fait indifférente à la *TRI*. Si une constitution contient une disposition garantissant l'égalité de tous et si une autorité interprète cette disposition comme signifiant qu'est garantie l'égalité des hommes et des femmes, il faut considérer qu'il existe une norme prescrivant l'égalité des sexes, dès lors que cette interprétation n'est pas juridiquement contestée, que cette égalité soit réalisée dans les faits ou non.

C'est pourquoi, du point de vue de la *TRI*, efficacité normative et efficacité factuelle se confondent. On peut dire qu'une interprétation est authentique lorsque la norme que doivent appliquer d'autres autorités est celle qui a été produite par cette interprétation. On sait qu'ils doivent l'appliquer non seulement parce que l'organe d'interprétation, par exemple une cour suprême, l'ordonne, mais aussi parce qu'il existe des procédures permettant à cette autorité de sanctionner les comportements contraires. Ceci doit conduire à une discussion de la dernière critique d'OP, la « double régression ».

d) La double régression

OP fait justement remarquer qu'une signification ne se donne pas à voir directement et qu'elle doit être exprimée par un énoncé. Ainsi, lorsqu'un organe interprète un énoncé, il produit une signification, une norme, qu'il doit formuler à l'aide d'un autre énoncé, mais puisque celui-ci, comme tout énoncé, est lui-même indéterminé, on ne pourrait jamais établir quelle norme a été produite par l'organe de l'interprétation authentique, à moins qu'un organe d'application ne fournisse une interprétation du second énoncé. Mais celle-ci devra à son tour être exprimée dans un troisième énoncé et ainsi de suite.

La même critique est parfois exprimée sous une forme légèrement différente : si la norme est déterminée non par l'auteur d'un énoncé, mais par celui qui l'interprète, le véritable maître du système est l'interprète ultime, par exemple le policier ou le simple citoyen. On a pu dire aussi que la hiérarchie de l'ordre juridique était inversée, puisque la validité des normes (au sens d'appartenance) ne résultait pas de leur conformité à une norme supérieure, mais de l'acceptation de ceux qui lui sont soumis.

Cette critique serait irréfutable si elle ne reposait sur une vision d'organes indépendants les uns des autres et extérieurs à tous rapports sociaux. Or, cette vision est contraire à la réalité. Tout d'abord, il arrive fréquemment que ces organes sont hiérarchisés, comme les tribunaux ou les autorités administratives. Dans ce cas, l'énoncé par lequel une auto-

rité supérieure formule l'interprétation d'un texte peut bien faire l'objet d'une interprétation par une autorité inférieure, cette interprétation pourra être soumise au contrôle de l'autorité supérieure. Sans doute la hiérarchie est elle organisée par des textes, qui doivent être interprétés, mais cette interprétation est, comme les autres, produite par l'autorité supérieure.

Mais il peut arriver aussi que les autorités ne soient pas directement hiérarchisées et que l'énoncé interprétatif de l'une fasse l'objet par une autre d'une interprétation que la première désapprouve, sans pour autant pouvoir la sanctionner. Imaginons par exemple que la constitution soit révisée pour surmonter une décision d'une cour constitutionnelle et que celle-ci donne de la loi de révision constitutionnelle une interprétation que certains, y compris au sein du pouvoir constituant, estiment *contra legem*, mais sans pouvoir ou vouloir adopter une nouvelle loi de révision. C'est néanmoins cette interprétation qui l'emporte. En d'autres termes, la norme constitutionnelle en vigueur est celle qui est produite par la cour, au moins tant que celle-ci n'est pas contrainte de s'incliner, à la suite de pressions de fait, exercées sur sa composition ou sur le statut de ses membres.

Cette situation est d'ailleurs semblable à celle qui se produit lorsque deux autorités, par exemple deux cours suprêmes, donnent du même énoncé des interprétations différentes. Tant que l'une ne l'a pas emporté dans les faits, c'est-à-dire tant que des autorités tierces ne se seront pas soumises à l'une ou à l'autre, il faut dire qu'il y a simultanément deux normes en vigueur avec des destinataires différents.

Il convient d'ajouter que la hiérarchie de l'ordre juridique, telle que la conçoit Kelsen, n'est même pas affectée de manière radicale par la *TRI*. Les décisions par lesquelles des autorités chargées d'appliquer un texte général déterminent la signification de ce texte, c'est-à-dire la norme qu'il est réputé énoncer, servent de fondement de validité à des décisions particulières. Il existe bien une hiérarchie, mais dans ce cas, elle est interne au discours des interprètes. En revanche, lorsque une autorité est en mesure d'imposer son interprétation à une autre, alors la hiérarchie, comme dans le schéma kelsenien, s'établit entre énoncés émis par des autorités différentes.

Les deux critiques de OP sont donc infondées. La *TRI* n'est pas entachée de confusion épistémologique. Elle montre au contraire clairement la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés.