

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_REVUE=RFDC&ID\\_NUMPUBLIE=RFDC\\_052&ID\\_ARTICLE=RFDC\\_052\\_0759](http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFDC&ID_NUMPUBLIE=RFDC_052&ID_ARTICLE=RFDC_052_0759)

---

## Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper

par Otto PFERSMANN

| Presses Universitaires de France | Revue Française de Droit Constitutionnel

2002/4 - n° 52

ISSN 1151-2385 | ISBN 2-1305-3612-3 | pages 759 à 788

---

Pour citer cet article :

— Pfersmann O., Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper, Revue Française de Droit Constitutionnel 2002/4, n° 52, p. 759-788.

---

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.

*Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie*  
*En réponse à Michel Troper<sup>1</sup>*

---

OTTO PFERSMANN

En réponse à mes objections contre la *Théorie réaliste de l'interprétation (TRI)*, Michel Troper soutient que mes critiques sont infondées, que sa théorie montre en revanche « la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques (...) dont l'objet est bien la norme, (...) non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé (...) dont l'objet est de déterminer la signification d'autres énoncés ».

La réplique de Michel Troper procède en premier lieu à un examen de ma propre démarche qui inclut une très instructive discussion des classes d'énoncés relatifs aux normes générales et abstraites, elle s'attaque ensuite à deux ensembles de difficultés : la confusion épistémologique et l'absence d'objet, reprenant ainsi les intitulés de la dernière partie de ma contribution, relative aux difficultés insurmontables.

Otto Pfersmann, professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, professeur invité à l'Université d'Oxford.

1. Cf. Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », cette *Revue*, n° 50, p. 335-353. Toute ma gratitude s'adresse à son auteur ainsi qu'aux membres d'un séminaire de doctorants qui ont bien voulu me faire bénéficier de leurs précieux commentaires d'une première version de cette réplique. Mes remerciements les plus vifs vont aux directeurs de cette *Revue* qui ont accepté d'accueillir cet échange.

J'appellerai par convention « TRI », comme dans « Contre le néo-réalisme », cette *Revue*, n° 50, p. 279-334, la « théorie réaliste de l'interprétation », telle qu'elle est formulée dans le corpus des travaux publiés in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France (collection Léviathan), 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, Presses universitaires de France (collection Léviathan), 2001, « TRI-2 », la TRI telle que revue selon la réplique, « TCA » la « théorie des contraintes juridiques » ou « théorie des contraintes de l'argumentation juridique » telle qu'elle est formulée dans les textes cités, in « Contre le néo-réalisme », note 13, « Michel Troper » se réfère à l'auteur de la réplique, « OP » à Otto Pfersmann en tant qu'auteur de « Contre le néo-réalisme ».

Il convient de réparer un oubli dans les indications bibliographiques de « Contre le néo-réalisme ». Parmi les travaux cités dans la note 15, il aurait évidemment fallu mentionner Patrick Wachsmann, « La volonté de l'interprète », in *Droits*, 28, 1999, p. 29-45. D'autres travaux, publiés depuis, n'ont pu être intégrés.

L'argumentation de Michel Troper, éclairant certains aspects de la construction de la *TRI*, n'emporte pas la conviction. Comme d'autres théories « réalistes » du droit, elle ne parvient pas à être simultanément empirique et relative à des faits de production *normative*. Alors que d'autres théories entendent directement analyser le droit en tant que phénomène observable, la *TRI* rencontre une difficulté particulière en voulant identifier les faits pertinents comme des « interprétations authentiques » consistant dans la détermination de la signification de « textes ». En vue de construire les éléments d'une véritable science empirique, elle devra alors s'affranchir de toute référence à l'analyse des actes de langage que sont les décisions.

La *TRI* est alors confrontée à un dilemme principal que fait bien apparaître la *réplique* : analyser des énoncés, qu'ils soient prescriptifs ou descriptifs, présuppose qu'ils aient une signification et qu'il soit possible de la connaître, mais admettre qu'il y ait une signification serait reconnaître la possibilité d'une interprétation qui ne soit ni authentique ni dogmatique ni phénoménaliste, or cela impliquerait une contradiction avec la thèse selon laquelle il n'y a pas de signification, mais seulement la « détermination de la signification » ; à l'inverse affirmer qu'il n'y ait qu'une connaissance empirique sans recours au moindre critère sémantique rend nécessaires des procédures d'identification des phénomènes pertinents – qui ne peuvent donc pas être des actes de langage –, mais les seules données jamais analysées par la *TRI* sont précisément des actes de langage et leur identification résulte non pas de procédures empiriques indépendantes, mais des méthodes les plus traditionnelles de la dogmatique, alors que celle-ci est considérée comme un exercice prescriptif.

En raison de leur importance, on discutera d'abord quelques questions de méthode (I), on analysera ensuite la question de la sémantique (II) et enfin les critères extra-linguistiques d'identification des « interprétations authentiques » (III).

## I – QUESTIONS DE MÉTHODE

Michel Troper soumet ma contribution à une critique méthodologique et présente, explicitement ou implicitement, des observations concernant sa propre démarche. Il convient ici de faire précéder la discussion des thèses proprement dites de quelques remarques relatives a) au procédé de la reconstruction, b) à l'objet de la réponse qui va suivre, c) à quelques malentendus méthodologiques, d) à la place de la théorie des contraintes (*TCA*) et e) à la prise en compte du contexte philosophique général dans la construction d'une théorie de l'« interprétation en droit ».

A – RECONSTRUCTION ET TERMINOLOGIE

D'une manière générale, la démarche empruntée par OP part assurément d'une reconstruction de la *TRI*. Le terme de « *TRI* » qualifie ici un ensemble d'énoncés – visant un certain domaine d'objets – parmi lesquels certains servent de prémisses à d'autres qui sont considérés comme en découlant. Il fallait par conséquent procéder en deux temps : 1) réunir le corpus où les éléments justifiant les thèses principales de la *TRI* sont exposés, 2) essayer de leur donner la forme la plus cohérente possible. Il fallait donc bien partir de textes « écrits sur une longue période, avec des objets et dans le cadre de débats différents »<sup>2</sup> pour peu que leur objet soit bien celui de l'« interprétation en droit ». Une grande partie de ces textes sont d'ailleurs réunis dans des ouvrages qui semblent revendiquer une certaine unité et s'inscrire, comme l'indique leur titre, dans un projet commun. Il était alors de simple facilité de lecture que de résumer stipulativement certaines propositions par des noms tels que « volontarisme interprétatif » ou « principe de l'indétermination textuelle », puisque les données auxquelles ces appellations se rapportent les précèdent immédiatement. Ils peuvent être plus ou moins bien choisis et j'accepte volontiers que certains noms soient mal adaptés, selon telle ou telle perspective, mais la possibilité de leur substituer à tout endroit le *definiend* permet de surmonter aisément cette maladresse. Cela vaut par exemple très simplement pour le terme de « scepticisme doctrinal ». Cette notion fait l'objet d'une détermination précise, tant dans la reconstruction de la théorie que dans la partie consacrée à ses difficultés insurmontables. « Le scepticisme doctrinal veut alors dire que même une détermination textuelle ne contient aucune information objective relative au texte auquel elle se réfère, en d'autres termes que le choix qu'elle opère ne peut pas être identifié comme le choix d'une alternative objectivement contenue dans le texte, et qu'il ne peut y avoir d'interprétation analytique »<sup>3</sup>. Il n'est donc nullement question d'un « scepticisme doctrinaire », mais bien de la négation de la possibilité de connaître et de décrire certains objets selon certaines méthodes.

B – L'OBJET DE LA RÉPONSE

Michel Troper s'attaque directement aux difficultés que je considère comme insurmontables et il fait précéder cette discussion d'un rappel de sa propre position en dix propositions et d'une mise au point concernant la classification des énoncés relatifs aux normes générales et abstraites.

2. P. 336

3. P. 322.

Ce procédé présente un inconvénient majeur dans la mesure où il ne tient aucun compte de mon travail de reconfiguration visant à réduire les incohérences qui rendraient la *TRI* impraticable dès le départ. C'est-à-dire qu'au lieu de discuter d'abord mes tentatives d'éclaircissement, Michel Troper reprend telles quelles ses propres formulations et ses thèses initiales en vue de réfuter mon analyse de la *TRI* telle que j'avais essayé de la reconfigurer afin d'éviter précisément certaines incohérences et confusions qu'induisent ces formulations initiales. Il est par conséquent impossible de savoir dans quelle mesure Michel Troper accepte ou rejette les critiques formulées dans la troisième partie du texte de OP. Les pistes en sont nécessairement brouillées puisque l'exposé des difficultés insurmontables présuppose que l'on se situe dans la théorie reconfigurée par OP, or Michel Troper répond aux arguments développés dans cette partie comme s'ils concernaient directement les thèses de sa propre version de la *TRI*, présentée en introduction de sa *réplique*. Dans la mesure où me sont ainsi prêtées des opinions que je n'ai pas développées, cette démarche constitue par conséquent une pétition de principe.

Il paraît peu fructueux de réitérer les observations de OP, notamment dans la troisième partie de « Contre le néo-réalisme » ainsi que, surtout, dans les développements consacrés à la question de la « détermination » dans la quatrième partie de cette contribution. L'on ne peut que prier le lecteur de bien vouloir s'y reporter.

Le principe sera donc, ici, de répondre à Michel Troper en faisant le moins possible usage de données dont le rappel ne serait pas strictement indispensable. Par ailleurs, et bien que je considère que cela fasse régresser la discussion, je me concentrerai, tant que faire se peut, sur les seuls arguments exposés dans la *réplique*.

#### C – MALENTENDUS

Une controverse concernant l'apport d'une théorie peut procéder de deux façons : soit l'on fixe à la conception attaquée un certain objectif et l'on cherche à montrer qu'elle ne réussit pas à l'atteindre, soit l'on essaie d'identifier l'objectif qu'elle se fixe elle-même et l'on examine les moyens qu'elle met en œuvre afin d'y parvenir. La première démarche constitue une critique externe, la seconde une critique immanente.

La critique externe peut être instructive et pertinente, mais elle ne sera jamais qu'aux yeux de ceux qui acceptent l'ensemble des prémisses concernant l'objectif légitime de la théorie, elle peut laisser et laisse habituellement parfaitement indifférents ceux qui ne partagent pas ces vues, et ceux qui ne partagent pas ces vues incluent généralement ceux qui se situent dans le champ de la conception attaquée. Or rien n'oblige les partisans de la conception attaquée à s'en préoccuper puisqu'ils peu-

vent toujours se situer dans une perspective susceptible d'être définie sans aucun appel aux considérations que voudraient voir partagées les critiques.

La différence entre les deux démarches est en cela fondamentale que dans la deuxième hypothèse, il convient de ne pas prendre soi-même position, à quelque titre que ce soit, sur les raisons pour lesquelles on serait amené à considérer la théorie examinée comme inadéquate. En revanche, il importe d'examiner avec le plus grand soin possible si cette théorie est formellement cohérente et si elle permet, *selon ses propres prémisses*, de faire ce qu'elle promet.

Il s'ensuit par ailleurs, fort simplement, qu'il convient alors de distinguer entre la théorie et son auteur. La théorie est certes celle développée par une ou plusieurs personnes, mais ce que développent ces personnes n'est pas, *en tant que tel*, pertinent au titre de la théorie concernée. Les auteurs peuvent certes revenir à tout moment sur leur théorie, la modifier ou la compléter. Mais, d'une part, n'importe qui peut le faire, et, d'autre part, ces opérations produisent une théorie différente. Il se peut alors que la nouvelle théorie évite des inconvénients externes ou internes de l'ancienne théorie, il se peut aussi qu'elle ajoute de nouvelles difficultés. Il convient par conséquent d'examiner séparément ces différentes conceptions.

Or, par rapport à ces prémisses méthodologiques de ma démarche, l'on rencontre dans la réplique de Michel Troper, certains malentendus.

Ainsi suis-je qualifié de « normativiste », ce qui serait évidemment parfaitement légitime si j'avais voulu opposer à la *TRI* une conception normativiste du droit. Certes, je ne nierai point que la perspective théorique que je défends dans mes propres contributions puisse être normalement ainsi qualifiée, mais la critique de la *TRI* entreprise ici n'est pas une critique à partir d'un point de vue normativiste, à quelque titre que ce soit. Il s'agissait de savoir si la *TRI* est une théorie acceptable à partir de ses propres prémisses, non de savoir si elle satisfait aux critères de pertinence d'un quelconque normativisme, car cette question serait sans doute assez vite réglée, mais réglée d'une manière que la *TRI* pourrait toujours, de son point de vue, considérer comme non pertinente. Il serait en revanche inapproprié et même incohérent de ma part, d'inclure, explicitement ou implicitement, incidemment ou dès le départ, dans ma critique strictement interne de la *TRI* des positions normativistes qui ne seraient pas présentes dans la *TRI* elle-même, soit qu'elle les admette d'entrée de jeu, soit que ces données découlent logiquement de ses éléments constitutifs. Sauf à montrer qu'une erreur aurait été commise à ce titre, la qualification de « normativiste » ne saurait donc pas avoir la moindre valeur démonstrative.

Le même type de malentendu apparaît par exemple lorsque Michel Troper me reproche de « discuter 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 »<sup>4</sup>. En effet, c'est la *TRI* qui affirme que ce qu'elle appelle « interprétation » est une fonction de la volonté. Il ne revenait nullement à OP de discuter s'il en est oui ou non ainsi, mais d'accepter cette affirmation comme l'un des éléments de la *TRI* et d'examiner si, oui ou non, une théorie construite à l'aide de cette affirmation, est cohérente et pourvue de valeur explicative.

Et, en effet, OP admet comme l'une des prémisses de la *TRI* que, oui, « L'interprétation est un acte de volonté (et non un acte de connaissance) (*volontarisme interprétatif*) »<sup>5</sup>, la question étant ici, comme pour d'autres éléments de la théorie examinée, de savoir ce que cette proposition signifie dans son contexte et s'il est effectivement possible de construire une théorie à l'aide de cet élément.

#### D – LA PLACE DE LA THÉORIE DES CONTRAINTES (TCA)

Il m'est ensuite reproché de ne pas tenir compte de certaines évolutions de la *TRI* et en particulier de vouloir artificiellement séparer la *TRI* de la *TCA* (« Théorie des contraintes argumentatives ») « qui tente de répondre à certaines des objections suscitées par la *TRI* et en constitue le prolongement »<sup>6</sup>. Cet argument n'est pas recevable pour plusieurs raisons.

Si la théorie B constitue un prolongement de la théorie A, l'on suppose que la théorie A est valide sans l'aide de la théorie B. Il est par conséquent parfaitement possible de procéder à l'examen de la théorie A en tant que telle.

Si la *TCA* devait permettre de répondre à certaines objections suscitées par la *TRI*, cela suppose assurément qu'il soit possible de soulever des objections contre la *TRI*, mais il faudrait surtout que la *TCA* apporte des éléments indépendants qui justifient les éléments problématiques de la *TRI* de sorte qu'ainsi révisée, elle devienne la *TRI-2* composée des données des deux théories. Or, aucun argument ne permet d'aller dans ce sens. En effet, la *TCA* entend être une théorie qui nous renseigne sur la manière dont les décideurs *justifient* leurs choix et sur les *raisons* de leurs choix en matière de production normative. Il y aurait « contrainte » lorsque, certains objectifs donnés, seules certaines actions seraient susceptibles d'y parvenir et qu'en effet seules ces actions auraient été réalisées et réalisées avec cette intention. Or, quelles que soient les raisons qui permettraient d'accepter cette théorie, elle ne dit strictement rien

4. P. 340.

5. P. 290.

6. P. 340.

sur la nature de l' « interprétation en droit », c'est-à-dire sur l'objet de la *TRI*.

Il est évidemment parfaitement exact que si l'on accepte la *TRI* comme cohérente et comme présentant une valeur explicative, la *TCA* pourra alors être considérée comme un complément et un prolongement opportun puisque, si elle était à son tour cohérente et dotée d'une valeur explicative, elle permettrait de comprendre pourquoi les interprètes authentiques au sens de la *TRI* agissent comme ils agissent, alors que la *TRI* laisse cette question entièrement ouverte. Mais cette question de la *raison* des choix est ici entièrement indifférente, car elle suppose justement comme pertinent tout ce que la *TRI* dit au sujet de l' « interprétation en droit », c'est-à-dire sur la *nature* des actes dont on cherchera éventuellement, ensuite, les raisons. Elle n'intervient par conséquent en rien dans la justification de la *TRI* qui doit au contraire être cohérente et explicative en elle-même afin que la *TCA* puisse se greffer sur elle.

Le résumé que livre Michel Troper de sa propre construction le montre bien : les contraintes n'interviennent que dans la proposition j)<sup>7</sup> sans qu'il soit le moins du monde montré ou simplement affirmé que ces contraintes permettraient de rendre compte de difficultés suscitées par d'autres éléments de la *TRI* en tant que théorie de l' « interprétation en droit ».

En outre, les arguments visant à justifier la *TCA* ont fait l'objet d'une critique de ma part, explicitement citée dans ma contribution<sup>8</sup>. Si les deux théories étaient effectivement indissociables, il aurait fallu tenir compte des arguments soulevés contre la *TCA*.

Mais en fait, et contrairement à l'affirmation qu'il serait indispensable de tenir compte de la *TCA* pour bien saisir la pertinence de la *TRI*, la *réplique* de Michel Troper n'en tire aucunement parti et l'on se contentera par conséquent de réexaminer la *TRI* dans la nouvelle version adoptée dans ce dernier texte.

L'on peut remarquer à titre additionnel que la *TCA* serait ce qui, selon la *réplique*, permettrait de faire apparaître les contraintes qui ont conduit aux énoncés « ayant pour objet d'interpréter d'autres énoncés », c'est-à-dire à l' « existence de normes »<sup>9</sup>. Cela suppose que l'on sache d'abord identifier les énoncés pertinents, et, partant, les normes, sans l'aide de la *TCA* et c'est justement cette identification qui est ici en cause.

7. P. 337.

8. P. 286, note 13. Otto Pfersmann, « Critique de la théorie des contraintes juridiques ». Ce texte fait partie des contributions au colloque (à paraître) consacré aux *contraintes de l'argumentation juridique* organisé par Michel Troper à Paris en octobre 2000.

9. P. 340.



## E – ADÉQUATION DE LA THÉORIE ET CONTEXTE PHILOSOPHIQUE

S'il est également exact, comme le rappelle Michel Troper, que la valeur d'une théorie ne dépend pas de sa conformité par rapport à une théorie philosophique mais de l'adéquation par rapport au domaine d'explication, il convient de noter qu'une théorie du droit en tant que théorie de l'objet « droit » (ontologie) et des modes d'accès à sa connaissance (épistémologie) est elle-même une théorie philosophique et qu'en tant que théorie philosophique, elles s'inscrivent dans une entreprise et un contexte plus général qu'elle ne peut pas ignorer. Cependant, notre parti pris consistait justement à ne faire appel qu'aux théories philosophiques sur lesquelles la *TRI* s'appuie elle-même, notamment la philosophie analytique du langage et l'empirisme, même s'il ne nous est jamais dit, par la *TRI*, ce que l'on entend *exactement* par là.

La *TRI* est en effet présentée comme une théorie *empirique* et il nous est rappelé à maintes reprises que les normes sont identifiées comme des actes d'interprétation « ... seulement en raison de leurs effets, c'est-à-dire exclusivement pour leurs propriétés empiriques »<sup>10</sup>. En tant que théorie philosophique, l'empirisme qui n'admet que des données de connaissance issues de l'expérience, est tenu de montrer comment une telle connaissance est possible. Les difficultés que rencontrent les empirismes forts concernent la question de la dépendance de toute démarche empirique par rapport à des données théoriques et chaque méthodologie d'une science particulière qui s'inscrit dans le projet empiriste doit produire les éléments qui lui permettent d'identifier et de décrire correctement un domaine d'objets. Or, à cet égard la *TRI* demeure absolument muette. Elle affirme certes que ses objets et ses critères d'identification sont empiriques, mais elle ne dit jamais quelle est sa méthodologie. Elle ne livre que quelques exemples très succincts pour lesquels il est malheureusement entièrement impossible de savoir en quoi il s'agirait de résultats de recherches empiriques puisqu'il s'agit au contraire de données identifiées selon les méthodes les plus traditionnelles de la doctrine (ou dogmatique) : des textes constitutionnels ou législatifs, des textes de décisions jurisprudentielles. L'unique différence par rapport à ces entreprises plus classiques consiste dans la double affirmation que les décisions ainsi prises ne seraient en aucune manière juridiquement liées mais toujours juridiquement valides et que, contrairement à la valeur non-scientifique des énoncés de la doctrine, les énoncés de la *TRI* avaient une valeur scientifique, du moins clairement vérifonctionnelle. La preuve de cette affirmation ne peut pas simplement consister dans l'affirmation que certains phénomènes sont empiriques ou qu'ils produisent des effets

10. P. 347, c'est nous qui soulignons.

puisque c'est précisément ce que la théorie, si elle est exacte en tant que théorie adéquate à son objet, devra, comme le font les sciences empiriques d'une manière générale, prouver *empiriquement* pour chacun des phénomènes qu'elle considère comme pertinent.

Il se pourrait évidemment que la *TRI* ne propose qu'un projet de développement d'une future science empirique dont on pourrait attendre le développement progressif. Mais ce n'est nullement ainsi qu'elle se conçoit. Sa présentation est donnée comme définitive et les exemples qu'elle rapporte sont présentés comme des illustrations et parfois comme des preuves de sa démarche. L'on ne niera point qu'il s'agit bien d'objets factuels, mais il paraît difficile d'admettre que les cas relatés aient été identifiés, colligés ou analysés selon les méthodes des sciences empiriques.

Une interrogation non moins grave plane sur l'aspect linguistique de l'entreprise. Selon Michel Troper en effet, il s'agit d'identifier empiriquement la « détermination d'une signification » et non la signification elle-même, car « la signification n'existe pas ». Le sens de cette affirmation est difficilement décelable et l'on y reviendra. Il est en tout cas en contradiction flagrante avec tout le travail de la linguistique en tant que science empirique pour laquelle la signification est une donnée observable. Peut-être n'y a-t-il pas de signification, mais comment la *TRI* est-elle parvenue *empiriquement* à cette conclusion générale qui suppose une induction complète?

Aussi peu que n'importe quelle théorie, la *TRI* ne peut s'affranchir des contraintes que lui imposent ses propres ambitions philosophiques : être une théorie *empirique tenant compte de l'analyse du langage*. Par rapport à ce programme abstrait, la construction concrète demeure obscure et silencieuse.

## II – LA QUESTION SÉMANTIQUE

Le défenseur de la *TRI* doit soutenir le caractère scientifique de sa propre démarche et la distinguer strictement de celle de la doctrine. Il s'attachera alors à montrer que ses énoncés portent bien sur les « interprétations », mais qu'ils sont strictement descriptifs, ou, comme dit Michel Troper, indicatifs et qu'ils peuvent avoir une valeur scientifique. Les objets d'une telle analyse seront des énoncés présentant certaines propriétés. Mais en même temps, il ne peut pas admettre que son champ d'investigation concerne des questions de signification, car établir que tel énoncé a telle signification, c'est faire une interprétation doctrinale, or selon la conception réaliste de l'interprétation, celle-ci est par nature un exercice de justification prescriptive ou de reproduction du raisonne-

ment du juge. Michel Troper développe ainsi une distinction entre les actes d'attribution de signification, objet d'une science empirique et la connaissance, impossible selon des méthodes scientifiquement objectives, des normes ou des significations<sup>11</sup>.

Mais cette démarche n'arrive ni à établir une science des énoncés prescriptifs des autorités d'application A), ni à montrer que cette science ne devrait pas tenir compte de critères sémantiques B).

#### A – LA CLASSIFICATION DES ÉNONCÉS

Michel Troper fait précéder sa discussion de mes principales objections d'une mise au point relative à la classification des énoncés en jeu. Elle appelle à son tour une analyse des points suivants : 1) le rapport entre science et dogmatique, 2) la question du degré de différenciation et de décidabilité de l'appartenance des énoncés, 3) le critère de leur identification.

##### 1 – Le rapport entre science et dogmatique

Michel Troper fait observer que les énoncés relatifs à des catégories de normes générales et abstraites tout comme les énoncés de la dogmatique et ceux de la « science du droit » au sens de la *TRI* relèvent de classes différentes et que la présentation de OP viserait « à masquer » cette distinction, pourtant fondamentale pour le projet de la *TRI*, à savoir le développement d'une science du droit, opposée à la dogmatique juridique.

Outre le fait que cette distinction, en effet fondamentale pour la *TRI*, est rappelée dès les premières lignes de mon texte<sup>12</sup>, cette objection peut difficilement être retenue. Il est exact que Michel Troper souligne, dans sa réplique, que plusieurs discours ont pour objet, selon des modalités toutefois différentes, des normes générales et abstraites, mais cet élément n'est nullement contesté dans ma présentation. Ce qui est problématique, c'est la manière dont est établie la classification des discours au regard des propres exigences de la *TRI* ainsi que les présupposés ontologiques sur lesquels elle se fonde.

Cette affirmation repose implicitement sur la thèse que la *seule* manière de parler scientifiquement du droit consisterait à « énoncer des

11. *Réplique*, thèse f).

12. « Pour la « théorie réaliste de l'interprétation » (*TRI*) les énoncés relatifs à la « constitution », aux « lois », aux « règlements » ou autres catégories de normes générales et abstraites ne peuvent jamais acquérir la moindre valeur scientifique, ils peuvent tout au plus constituer à leur tour l'objet d'une science de la *dogmatique juridique* en tant que discours idéologique, alors que la science du droit ne porte en premier lieu que sur des décisions tranchant définitivement une question pour un cas donné », p. 280.

propositions indicatives relatives à l'existence de normes » au sens de la *TRI*, que de tels énoncés relèvent effectivement d'une science « empirique », alors que tout discours visant descriptivement le « droit » sans être porté par ce projet serait non seulement dépourvu de caractère scientifique, mais aurait par ailleurs un but prescriptif. Or, il ne s'agit pas là d'une simple classification objective des modes du discours, mais en effet de la thèse dont la *TRI* doit apporter la preuve, si l'on suit ses propres exigences.

Il se pourrait en effet que la voie empruntée par la *TRI* ne permette pas de parler des objets auxquels elle se réfère dans son métalangage abstrait, qu'elle ne construise nullement une science empirique, alors que d'autres discours pourraient très bien saisir des objets selon des procédures qualifiables de « scientifiques ». Il n'est donc nullement question de masquer l'une des thèses centrales de la *TRI*, mais d'examiner sa justification.

## 2 – Différenciation et décidabilité

Michel Troper semble admettre que l'*ensemble* des énoncés se rapportant à des normes générales que l'on peut trouver dans des décisions de juridictions suprêmes (admettons, pour les besoins de la cause, que nous puissions identifier de tels actes à l'aide de la *TRI*) soient des énoncés prescriptifs par lesquels celles-ci produisent des normes. Cela implique qu'il n'existe aucune différence entre les motivations d'une décision et la décision proprement dite. Mais pourquoi faudrait-il procéder ainsi, si le texte de la décision indique que seul l'énoncé selon lequel telle ou telle disposition législative est annulée présente un caractère normatif, alors que les autres éléments du texte de la décision ne sont que l'exposé des raisons qui auraient conduit la juridiction en question à ce résultat et non à un autre. L'assimilation intégrale d'un texte de décision à la production de normes exige alors une opération de qualification explicitement démentie par le texte. Il se pourrait que cela constitue une analyse correcte des données, mais on voit mal quels éléments de la *TRI* permettraient d'établir cette thèse très forte si ce n'est que ces décisions « produisent des effets dans l'ordre juridique ». Malheureusement, la *TRI* ne nous dit jamais comment elle procède à l'examen *empirique* de ces données, car il faudrait alors que pour chaque élément des motivations, on puisse effectivement *tester* une correspondance entre une hypothèse clairement énoncée et des faits identifiables selon les méthodes des sciences empiriques. Or non seulement, on n'apprend strictement rien sur la méthode empirique de test et de validation des hypothèses, mais encore n'existe-t-il pas non plus d'exemple pratique où une quelconque procédure relevant des sciences empiriques ait été appliquée, et on verra plus loin que tout ce qui se rapporte à la factualité empirique demeure incompréhensible.

Mais il y a là une autre difficulté. Si les motivations doivent être intégralement considérées comme *normatives*, même si leur forme grammaticale d'énonciation est *descriptive*, tout énoncé descriptif de cette catégorie devra être traduit (par la *science du droit* au sens de la *TRI*) en énoncé d'une norme. Mais ce que cela veut dire au juste n'est pas clair. Il pourrait s'agir par exemple d'une norme épistémique (relative à ce qu'il convient de croire) ou d'une norme ayant directement pour référent un certain ensemble de comportements.

Si par exemple la Cour constitutionnelle C, dans l'État E, dit entre autre :

« ... considérant que la Constitution est entrée en vigueur à la date D, qu'elle contient la disposition N, énonçant que ... », faudra-t-il lire : « ... il est obligatoire *de considérer que* la Constitution est entrée en vigueur et de considérer qu'elle contient la disposition D selon laquelle il est obligatoire que p ... » ; ou bien : « ... il est obligatoire *de se conformer à* la Constitution depuis la date D et notamment de *respecter* N ... »

Si l'on suit l'idée que la *TRI* est une théorie strictement empirique, elle devrait, là aussi, proposer des tests *empiriques* permettant de trancher ces questions. Mais au préalable, elle devra expliquer comment elle arrive à l'identification du corpus d'énoncés qu'elle considère comme pertinent.

### 3 – Le critère de l'identification

Lorsque Michel Troper soulève la question de la classification des discours, il introduit implicitement la qualité de l'auteur comme unique critère de distinction pour les énoncés relatifs aux différentes catégories de normes générales : émanant des « autorités d'application », ces énoncés sont prescriptifs et posent des normes, mais susceptibles d'être décrits par la science du droit ; proférés par des praticiens, ils sont prescriptifs, mais ne posent aucune norme, ils ne sont pas l'objet de la science du droit, mais appartiennent au registre du discours dogmatique ; provenant de « professeurs », ils sont indicatifs, vrais ou faux et peuvent avoir une valeur scientifique.

Ce critère est problématique. La classification des énoncés est présentée comme s'il suffisait de savoir qui est l'auteur pour déterminer leur nature. Car si la démarche de la *TRI* est, comme elle l'affirme, strictement empirique, elle ne pourra pas en même temps affirmer que les énoncés émanant de certains organes formulent des normes puisque justement, comme le rappelle Michel Troper, la question de savoir qui est un organe est purement factuelle<sup>13</sup>. On arrive donc à la proposition exac-

13. P. 343.

tement inverse à celle de la classification proposée : ce sont les énoncés qui ont, de manière empiriquement testable, une valeur normative, qui désignent leurs auteurs comme des « organes » ou des « autorités » et non l'inverse. Mais alors il nous faudrait un test susceptible d'identifier les énoncés qui ont effectivement une valeur normative comme de les différencier de ceux qui n'en ont pas. Le défenseur de la *TRI* dira alors que ce test consiste en ce que les énoncés en questions produisent des effets dans l'ordre juridique. Mais cela ne fait que déplacer la question, car il s'agit justement de savoir ce que « produire des effets dans l'ordre juridique » veut dire si l'ordre juridique ne se distingue en rien de la factualité des rapports de pouvoir. Si l'on invoque ici la spécificité des énoncés relatifs à la « détermination de la signification d'autres énoncés », l'on se trouve dans un cercle, puisqu'il s'agissait précisément de produire un critère empiriquement testable de la spécificité de ces énoncés.

Qu'en est-il alors des énoncés produits par les « praticiens » ? Suffit-il vraiment de savoir que X est un tel praticien pour pouvoir affirmer sans autre preuve que l'énoncé E, relatif à la signification de la disposition constitutionnelle D, est « dépourvue de valeur scientifique », qu'il n'a « pu être produit sans évaluation » et qu'il a « une fonction prescriptive », visant à « recommander à un tribunal d'adopter une certaine décision » ? Ainsi conçue, il ne peut s'agir d'une conception empirique des choses, puisque, semble-t-il, elle n'est jamais falsifiable. Soit il existe un test permettant de dire si D énonce effectivement des propos du genre en question, soit il existe un test permettant d'identifier ce genre de propos, et l'on pourra alors appeler par convention « praticiens » ceux qui en sont les auteurs. Mais attention, il faudrait que ce test soit susceptible de départager d'autres actions les comportements présentant toutes les propriétés requises, c'est-à-dire qu'il y a effectivement évaluation, que cette évaluation détermine de telle façon la confection de l'énoncé qu'il soit dépourvu de toute valeur scientifique, qu'ils « sont produits au terme d'un raisonnement conduit les méthodes de la dogmatique juridique ». Là non plus, l'on ne possède pas la moindre indication permettant de procéder à ces investigations.

Mais cette catégorie est également problématique pour une autre raison. Admettons avec Michel Troper, pour les besoins de la cause, que les énoncés des praticiens aient pour objectif de faire pencher les tribunaux plutôt pour une solution que pour une autre. Pour quelle raison s'ensuivrait-il que ces énoncés ne puissent être vrais ou faux ? Rien ne permet de le dire : il n'y a aucun rapport conceptuel entre l'objectif poursuivi à l'aide d'un discours (vouloir convaincre) et sa nature modale (vérifonctionnelle ou non vérifonctionnelle). Il ne peut donc s'agir que d'une question empirique : il se peut en effet que Cicéron exhorte les juges à ne plus montrer de patience pour les agissements de Catilina, mais il se

peut aussi qu'il reporte tout simplement certains faits qu'il impute au prévenu ou qu'il rappelle en quoi consiste la loi pénale. A moins d'admettre *a priori* la thèse de la *TRI* (le discours du « praticien » est toujours et par essence prescriptif), quelle est la procédure empirique par laquelle cette théorie aurait pu arriver au résultat que les énoncés du praticien relatifs à l'état des normes juridiques, proférés sur le mode indicatif, ne relèveraient pas du mode indicatif, mais du mode hortatif?

Les mêmes problèmes apparaissent avec les énoncés du « professeur », indicatifs et vérifonctionnels, éventuellement scientifiques : en fait, la classe des « professeurs » résulte de l'identification préalable et empiriquement validée des énoncés à caractère indicatif et éventuellement scientifique<sup>14</sup>.

Le défenseur de la *TRI* pourrait alors invoquer le fait qu'il a simplement proposé une classification des énoncés relatifs aux normes juridiques générales et abstraites et non pas une hypothèse susceptible de confirmation ou de falsification empirique. Mais cet argument n'est pas acceptable, car il suppose justement la preuve que seuls les « énoncés relatifs à l'existence des normes, c'est à dire à la production d'énoncés ayant pour objet d'interpréter d'autres énoncés » aient un caractère scientifique en tant qu'empirique, alors que les autres énoncés relatifs aux normes juridiques seraient en toute hypothèse insusceptibles d'être vrais ou faux (et, par conséquent, scientifiques), en admettant qu'ils puissent par ailleurs faire l'objet d'une sous-classification. En d'autres termes, il ne s'agit pas simplement de répertorier des ensembles de propriétés et de les distinguer de façon pertinente puisque la question est justement de savoir si les propriétés se répartissent de la manière suggérée. Et il se pourrait que la conceptualisation proposée ne vise aucun objet possible et il se pourrait qu'elle masque, sous couvert d'une théorie empirique, une affirmation dogmatique ou métaphysique. Enfin, même si l'on admettait la pertinence de la classification, cela ne dirait toujours rien de la méthode qui permettrait d'identifier les objets relevant de chacune des classes en question. L'on peut admettre, pour simplifier, que la présence d'opérateurs prescriptifs (« Il est obligatoire, permis, interdit que... ») ou hortatifs (« Il est souhaitable que... ») rend *prima facie* plausible que l'on ait à faire à des énoncés prescriptifs ou hortatifs. Mais dès lors que l'on avance que des énoncés de forme descriptive et dépourvus de tout opérateur prescriptif ou hortatif relèvent quand même de la catégorie des énoncés prescriptifs ou hortatifs, un test empirique d'identification devient indispensable.

Si l'on met entre parenthèses toutes ces difficultés et si l'on accepte jusque-là encore la position de la *TRI-2*, on ne pourra que retenir la thèse implicite en ce qu'elle considère elle-même pouvoir accéder à la

14. Et il se pourrait qu'il y ait très peu ou pas du tout de « professeurs ».

signification des énoncés provenant des différentes catégories d'acteurs. Ces énoncés, si l'on suit l'exposé de Michel Troper, constituent des données objectives, et le théoricien réaliste dispose des instruments permettant de les restituer tels quels. Il s'agit bien d'une opération de connaissance, son objet est l'ensemble des énoncés relatifs aux normes générales et abstraites, et comporte (au moins) trois sous-ensembles : a) les énoncés « exprimant une décision et posant une norme », b) les énoncés hortatifs et relevant de la dogmatique, c) les énoncés indicatifs vérifonctionnels et éventuellement scientifiques.

Ce résultat est désastreux pour l'argumentation développée par Michel Troper en vue de montrer qu'il ne recourt pas lui-même à des opérations cognitives portant sur la signification des énoncés exprimant les « interprétations authentiques ».

## B – L'ANALYSE DES ACTES DE LANGAGE

Il ressort ainsi de la discussion de la typologie des énoncés proposée dans la *réplique* que Michel Troper admet non seulement qu'il existe des énoncés formulant des normes générales et abstraites, mais aussi qu'il existe des énoncés ayant ces énoncés pour objets (ils « décrivent les énoncés du premier type ») et que certains de ces énoncés peuvent être vrais et présenter une valeur scientifique. Décrire un énoncé à l'aide d'un énoncé, c'est décrire sa signification. Analyser la signification d'un énoncé, c'est procéder à une opération relevant de la sémantique, c'est-à-dire la théorie de la signification des entités linguistiques. Mais lorsqu'il s'agit d'envisager concrètement cette conclusion, Michel Troper la récuse strictement.

### 1 – Les concepts d' « interprétation »

Dans « Contre le néo-réalisme », j'avais proposé d'appeler « interprétation analytique » l' « opération *qui ne modifie pas son objet*, mais qui en vise une connaissance précise selon des méthodes appropriées. [Déterminer la signification d'une énoncé] ne veut pas dire alors que l'on remplace une signification par une autre ou que l'on produise une signification qui n'existait pas, mais que l'on analyse une signification donnée, indiquant avec le plus grand degré de précision possible en quoi elle est indéterminée ou en quoi elle est déterminée »<sup>15</sup>. Peu importe évidemment l'appellation qui peut être remplacée par tout autre terme adéquat. Elle n'est toutefois pas indifférente ici puisque, d'une part, l'utilisation du terme « interprétation » prête facilement à confusion et que, d'autre part et surtout, Michel Troper affirme qu'il ne se sert en rien de ce que

15. P. 320.



j'appelle « interprétation analytique », qu'elle n'est pas possible et que le critère d'identification de l'« interprétation authentique » n'est pas de nature sémantique.

Le terme « interprétation » prête à confusion parce qu'il vise, dans la *TRI* et dans le langage juridique et philosophique courant, des opérations entièrement différentes : production normative par décision inconditionnée ayant pour objet la « détermination » de la signification d'un texte, opération de connaissance visant la signification d'un texte donné. Certes, la *TRI* se conçoit comme une théorie de l'« interprétation en droit » et en droit uniquement, mais en tant que telle elle ne considère comme « interprétation » que la première opération parce qu'elle seule présente des propriétés normatives, alors que non seulement beaucoup de juristes, mais aussi une importante partie de la théorie du droit se préoccupe de la deuxième opération comme d'une interprétation « en droit ». En deuxième lieu, une confusion peut se produire parce que les deux opérations sont de nature entièrement différente, alors que l'une des ambitions de la *TRI* consiste précisément dans la thèse que l'interprétation en tant qu'opération de connaissance ne serait justement dépourvue de valeur de connaissance.

## 2 – Le critère empirique

Contre la *TRI* j'avais fait valoir qu'à partir de ses propres prémisses, elle ne pouvait pas ne pas recourir à une interprétation analytique en vue d'identifier son objet, c'est-à-dire les interprétations authentiques. Cela résulte immédiatement du fait que la *TRI* propose sans aucune autre précaution des analyses de la signification de textes considérés comme l'expression d'interprétations authentiques, cela découle encore une fois, et tout aussi immédiatement, de la typologie des énoncés développée par Michel Troper dans sa *réplique*. Affirmer que l'on pourrait parler de manière vérifonctionnelle et indicative d'énoncés relatifs à la signification d'autres énoncés sans procéder à une analyse de la signification des dits énoncés constitue une contradiction dans les termes. Pourtant, Michel Troper soutient que le critère permettant d'identifier l'interprétation authentique n'est pas de nature sémantique, mais seulement « empirique », que la *TRI* vise non la connaissance de la signification, mais uniquement de la « détermination de la signification »

Michel Troper récuse d'abord la thèse que la *TRI* repose sur la possibilité d'une interprétation analytique en invoquant le fait que le terme « interprétation » serait utilisé par OP « dans un sens beaucoup plus large et sensiblement différent de celui que lui donne la *TRI* ou même celui qui ressort de l'usage courant »<sup>16</sup>. Mais c'est là déplacer sur la plan

16. P. 345.

de la terminologie un problème d'ordre conceptuel. Il est possible que l'usage proposé ne soit pas le même que celui que vise la *TRI* lorsqu'elle parle d'interprétation, mais c'est bien la raison pour laquelle OP avait explicitement introduit une définition de l'« interprétation analytique ». Si Michel Troper reprend ce terme et discute mon argument, il ne peut pas s'appuyer sur le fait que cet usage ne serait pas le sien ou qu'il ne serait pas celui d'une autre communauté supposée<sup>17</sup>. Le fait que la terminologie soit différente ne peut en aucun cas servir de preuve pour montrer que l'opération d'identification des énoncés par lesquels s'exprime les interprétations authentiques que vise la *TRI* ne serait pas une opération cognitive ayant pour objet la signification d'un énoncé (ayant pour objet d'autres énoncés) puisque c'est précisément ainsi que Michel Troper définit lui-même les opérations de la *TRI*.

Un deuxième argument se fonde alors sur le fait qu'il existe d'autres énoncés que ceux relevant de l'interprétation authentique ou de l'interprétation analytique. La *TRI* ne procéderait qu'à « ... l'assertion que tel objet possède telle propriété ou appartient à telle classe... » et cela n'aurait « rien d'une interprétation »<sup>18</sup>. Plus particulièrement, nous est-il dit, le jugement que certains énoncés sont normatifs et non indicatifs « ne dépend ni de la forme linguistique des énoncés, ni de leurs contenus »<sup>19</sup>.

La démonstration de cette nouvelle thèse consiste dans deux exemples : ainsi « l'acte voté par le Parlement possède selon le droit français la nature d'une loi et ... il a donc une propriété normative »<sup>20</sup>; ou : le fait qu'un juge décide que tel texte possède la nature d'une norme peut être vrai ou faux « ce qui n'est pas le cas des interprétations [sous-entendu au sens strict OP], qui sont des prescriptions »<sup>21</sup>. Ce raisonnement est difficilement compréhensible, car si la question est de savoir si ces jugements relèvent de l'interprétation analytique, il est évidemment exclu qu'ils soient des interprétations authentiques au sens où la *TRI* utilise ce terme. Personne ne l'avait prétendu puisque ce n'est pas le problème.

Suit alors l'argument le plus étonnant de la démonstration<sup>22</sup>. Les décisions ne seraient pas identifiées comme des normes « ... selon un cri-

17. P. 346. Michel Troper parle de « ... décisions, couramment appelées "interprétations" ».

18. *Loc. cit.*

19. *Loc. cit.*

20. *Loc. cit.*

21. P. 346.

22. Nous ne nous arrêtons pas à l'idée que qui que ce soit aurait prétendu que la *TRI* ait entendu défendre la thèse « que l'on doit réellement se comporter conformément à ces normes [*id est* les interprétations authentiques] » (p. 346). OP ne l'a soutenu nulle part, s'il parle de « domaine spécifiquement normatif », il se réfère à la validité de normes dans le cadre d'un système donné. Il sera question plus tard du problème de savoir s'il est possible de les identifier en se référant au fait que certaines décisions s'imposent en fait.

tère sémantique, mais seulement en raison de leurs effets, c'est-à-dire exclusivement pour leurs propriétés empiriques »<sup>23</sup>. Relevons *encore une fois* que cela contredit explicitement la thèse relative à la classification des énoncés, selon laquelle les « professeurs » produisent des énoncés indicatifs « qui décrivent les énoncés du premier type [*id est* ceux qui émanent des autorités d'application] »<sup>24</sup>. Admettons cependant que la *TRI* identifie les décisions uniquement par leurs effets, comme le dit Michel Troper. Cela veut bien dire qu'elle identifie des *décisions* et que les effets empiriques analysés sont des effets découlant de ces décisions. Les faits empiriques en questions ont donc ces décisions comme référent, ils sont empiriquement pertinents parce que et en tant qu'ils renvoient aux propriétés de l'interprétation authentique. Or cette décision se manifeste bien sous forme d'énoncés. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'on pourrait identifier des décisions par leurs effets que l'on pourrait ne pas identifier ce que les énoncés qui les expriment veulent dire. Comment pourrait-on savoir quels faits il s'agit d'observer si on ne sait pas quelle norme ces données empiriques sont censées montrer comme s'imposant en fait ?<sup>25</sup> Lorsque Michel Troper qualifie de « loi selon le droit français » l'acte voté par le Parlement ou comme « décision » un acte du Conseil constitutionnel, il ne procède nulle part à un quelconque examen de faits pertinents, mais il vise bien directement un « acte » apparaissant sous forme d'un ensemble d'énoncés dont il relève ceux qui lui paraissent les plus intéressants.

Il est par ailleurs regrettable qu'il ne nous soit pas montré par quelle méthode concrète l'on procède à cet examen par les « propriétés empiriques ». Mais l'on retrouve là l'une des difficultés générale de la *TRI* qui n'est empirique qu'en affirmation.

Michel Troper conteste enfin que l'on puisse connaître une signification, car l'« objet de connaissance n'est jamais la signification elle-même, mais seulement l'attribution de la signification »<sup>26</sup>. Cette affirmation est en soi des plus surprenantes, mais admettons un instant avec Michel Troper « ... qu'il n'y a pas de signification »<sup>27</sup>. S'il n'y a pas de signification, l'énoncé « Il n'y a pas de signification » n'a pas de signification et toute l'entreprise s'évanouit aussitôt. Si ce résultat paraît inconfortable, il faut abandonner la prémisse.

Admettons cependant maintenant qu'il n'y ait que l'attribution de la signification. Sans doute cela signifie-t-il que, grâce à l'opération *O* l'énoncé *E* soit doté, au moment *t*, de la signification *S*, alors qu'au

23. P. 347.

24. P. 340.

25. C'est bien d'ailleurs ce que fait toute sémantique empirique qui n'en est pas moins une sémantique.

26. P. 347.

27. *Eod. loc.*

moment  $t - 1$ , il n'était pas doté de cette signification. Il s'ensuit que, à partir du moment  $t$ , E présente bien une signification, celle qui vient justement de lui être attribuée. Mais alors il y a bien une signification, et, semble-t-il, des moyens pour la connaître. Or cela est contraire à l'hypothèse. Donc elle est fausse.

### III – LES CRITÈRES EXTRA-LINGUISTIQUES

Michel Troper offre un résumé succinct de la *TRI* + *TCA* en dix propositions. Ce nouvel exposé fait apparaître une donnée dont la nature n'est expliquée d'aucune manière, mais sur laquelle l'auteur s'appuiera pour réfuter les objections soulevées contre la théorie. Selon la proposition b) en effet, l'« ordre juridique » attache certains effets aux interprétations « auxquelles on donne le nom d'« authentiques » ». Mais qu'est-ce au juste que l'ordre juridique dont il est ici question et comment fait-il pour attacher certains effets à certaines interprétations? L'on en saura jamais rien, mais ce que cette proposition présuppose c'est que ce qu'elle appelle l'« ordre juridique » existe *avant* les interprétations authentiques et que c'est *lui et lui seul* qui les fait être ce qu'elles sont.

De deux choses l'une : ou bien l'interprétation authentique acquiert cette dignité en vertu de quelque chose qui le lui confère, ou bien elle constitue une donnée primitive et non dérivée. Si les interprétations authentiques sont des données dérivées, elles peuvent l'être pour des raisons factuelles ou pour des raisons normatives. La deuxième alternative est celle pour laquelle penche le « normativisme » puisque selon cette conception il ne peut rien y avoir de juridique sans que cette propriété découle de quelque chose qui serait déjà une norme juridique (ou supposé telle). En tant que théorie qui se veut strictement empirique, la *TRI* ne peut évidemment retenir cette solution. Mais quels sont alors les phénomènes factuels visés sous le nom d'« ordre juridique »? La solution la plus simple, dans le cadre conceptuel proposé par la *TRI*, consisterait à dire que ce sont des « rapports de pouvoirs », structurés par des « contraintes ». Mais les contraintes peuvent difficilement expliquer les contraintes sans que la construction ne devienne circulaire, et les rapports de pouvoir sont des objets sociologiques dont l'identification requiert des procédures d'identification relevant des sciences empiriques de la société et la *TRI* n'offre aucun élément d'explication allant en ce sens. L'ordre juridique demeurant entièrement indéfini, il est très difficile de savoir de quoi l'on parle exactement lorsqu'il est question du « on » qui donne le nom d'« authentiques » à certaines « interprétations » et en quoi consisteraient les « effets » attachés à ces interprétations.

Le problème le plus grave, à propos de cette construction, c'est qu'elle est en contradiction stricte avec la thèse fondamentale que les interprètes (et non un ordre juridique préexistant) déterminent leur propre compétence, ce dont il résulte nécessairement que l'ordre juridique constitue le résultat des interprétations que la *TRI* qualifie d'« authentiques », qu'il n'est autre chose que l'ensemble de ces interprétations. Ainsi le recours à l'« ordre juridique » demeure ou bien mystérieux ou bien contradictoire.

A défaut d'une construction respectant les exigences de la *TRI*, on ne peut que recourir à des hypothèses plus ou moins plausibles afin de mieux saisir le reste de la démarche et en vue d'examiner si elle demeure cohérente et apporte une contribution explicative. L'on examinera successivement le problème de l'identification de l'organe (A), puis celui des « effets normatifs » (B), enfin celui des « effets factuels » (C).

#### A – L'ORGANE DANS LE TEXTE

Michel Troper conteste l'objection selon laquelle la qualité de l'organe constitue le critère ultime de la normativité et que cette construction serait entachée de circularité.

En effet, dit-il, « la *TRI* défend la thèse inverse : L'interprétation authentique est celle qui s'impose juridiquement, celle à laquelle l'ordre fait produire des effets ». Ainsi, c'est la qualité de l'interprétation qui détermine la qualité de l'organe. Cela peut être le fait d'une règle législative ou le fait que l'interprétation ne soit pas susceptible de recours. Mais enfin, dit-il, il s'agit d'une *question de pur fait*.

Loin de réfuter l'objection de circularité, cet argument la confirme, et à plusieurs titres.

Admettons avec Michel Troper que c'est la qualité de l'interprétation qui détermine celle de l'organe. La question se pose alors de savoir qui détermine la qualité de l'interprétation. C'est là que nous trouvons plusieurs réponses allant dans des directions tout à fait différentes.

a) La première indique que c'est l'« ordre juridique » qui « fait produire des effets » à certaines interprétations. Malheureusement, la *TRI* ne nous dit pas ce qu'est l'ordre juridique (voir plus haut). Elle ne dit pas quelle est la nature des effets en question. Elle ne se prononce que par exemples. Il pourrait s'agir d'une loi qui confère à certaines décisions un caractère définitif, ou même de la constitution. Mais s'il en est ainsi, ce seraient des textes qui détermineraient la qualité de l'interprète<sup>28</sup>. C'est une contradiction flagrante avec l'idée, fondamentale pour la *TRI*,

28. P. 343.

que les « textes » sont indéterminés et ne sont donc pas des formulations de normes.

C'est ensuite une contradiction, relevée plus haut, avec la thèse que c'est l'interprète qui détermine sa propre compétence. Car s'il en est bien ainsi, et cela est en effet rappelé par Michel Troper dans la proposition e) de son résumé, non seulement la loi ou la Constitution est parfaitement incapable de dire quoi que ce soit à ce sujet, mais encore c'est bien l'organe d'application (du texte) qui se constitue en organe d'application, et, partant, en interprète authentique. La qualité de l'interprétation ne détermine donc pas celle de l'interprète puisque la qualité de l'interprétation lui est conférée par l'interprète, en d'autres termes, l'organe. Il y a donc bien circularité.

b) Michel Troper propose une solution concurrente et en contradiction avec la première : ce ne sont pas des textes ou des normes qui déterminent la qualité de l'interprète, mais les faits et rien que les purs faits. Nous retrouvons ici le problème de l'absence de procédures empiriques d'identifications des faits pertinents. En tout cas, il ne peut être question de pur fait, si le seul critère d'identification consiste dans l'invocation de textes prescriptifs considérés comme juridiquement normatifs par les juristes dogmaticiens, car il s'agit justement de pas être piégés par leur discours. Il ne peut pas non plus s'agir de la simple prétention d'un individu ou d'un ensemble d'individus d'être des interprètes organiques au titre de certaines normes, car le problème est justement celui de savoir qui sont vraiment, en pur fait, donc en dehors de ce que peuvent en dire tels ou tels individus, les interprètes authentiques. Or le seul critère implicite offert pour montrer pourquoi et comment la détermination de la qualité de l'interprétation résulte du pur fait, consiste à invoquer les articles 16, 67 et 68 de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>29</sup>, sans aucune référence au moindre fait qui se serait produit dans l'histoire ou même dans une histoire imaginaire. Selon ces dispositions en effet, le Président de la République décide seul de la mise en application de ses pouvoirs spéciaux d'une part, la Haute Cour décide seule de la qualification de « haute trahison » d'autre part. Il s'agit d'hypothèses clairement, mais *uniquement* identifiées à partir de textes. Il est certes, trivialement, une question de pur fait, si, oui ou non, le Président de la République décide de mettre en œuvre l'article 16 ou si, oui ou non, la Haute Cour considère cet acte comme constitutif de haute trahison. Mais cela suppose que l'on sache qui le Président de la République, et on le sait, dans l'exemple, grâce au texte de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais il n'en résulte nullement qu'*en dehors de ces textes* la qualité de l'organe résulte de qualité purement factuelle de l'interprétation.

29. P. 343, la référence aux articles 67 et 68 demeure implicite.

## B – LES « EFFETS NORMATIFS »

Dans ma critique interne de la *TRI*, j'essayais de montrer qu'elle faisait appel aux données dont elle contestait l'existence ou la pertinence explicative : elle ne peut pas ne pas recourir à une analyse sémantique, elle ne peut pas ne pas recourir à des données normatives

Afin de réfuter définitivement mes objections relatives à la cohérence et au pouvoir explicatif de la *TRI*, Michel Troper entend montrer que OP aurait confondu l'affirmation du caractère obligatoire d'une norme avec l'affirmation de son existence dans un système donné au même titre qu'il aurait confondu la signification et la *détermination* de la signification, puis les effets de l'interprétation et les effets de la norme.

Voyons. Il est tout d'abord parfaitement exact que l'affirmation de l'existence d'une norme dans un système donné est à différencier de l'affirmation qu'il serait *en soi* obligatoire de se conformer aux exigences de la norme en question, mais il est parfaitement inexact que j'aurais jamais prétendu le contraire<sup>30</sup>. Je n'ai pas non plus reproché à la *TRI* d'affirmer que des normes seraient obligatoires dans l'absolu.

Pourtant, Michel Troper semble penser qu'il existe une distinction entre les « effets de la norme » et les « effets de l'interprétation » comme il existe une distinction entre l'obligation de payer des impôts sous peine de poursuite au titre de la loi et l'obligation de payer des impôts en raison d'une norme émise par le percepteur. Ainsi, les effets de l'interprétation authentique consistent en ce que « les autres autorités sont tenues d'attribuer à un énoncé la même signification que l'interprète » et résultent de ce que « les sujets sont tenus d'appliquer un énoncé en lui donnant la signification que lui a donné l'interprète », alors que « les effets de la norme issue de l'interprétation est que telle conduite est obligatoire ou permise ».

Remarquons tout d'abord qu'il s'agissait ici pour OP d'un tout autre problème. Il convenait de comprendre quelle est la signification de l'expression « effets » lorsque la *TRI* parle de « norme », étant donné que dans une perspective strictement empirique il ne peut y avoir de norme, mais uniquement des comportements observables ayant pour signification que tel ou tel autre comportement est obligatoire, permis ou interdit. Si, selon le système normatif S, il existe une norme N qui rend obligatoire ou permise l'action A, alors on dit parfois, *métaphoriquement*, que l'effet de la norme consiste justement en ce qu'elle rend, *dans le cadre du système en question*, obligatoire ou permise l'action A. Si on adopte cette

30. Cf. à ce propos par exemple Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n° 27 (1995), p. 69-113.

lecture, l'on se situe dans le cadre d'une analyse « normativiste » au sens où cette obligation ou permission n'a d'existence que dans le cadre du système donné et n'a que celle qu'il est possible d'identifier grâce aux éléments déjà identifiés de ce système. « Effet » se confond alors avec « normativité » *dans ce système* et non comme le pense Ross – et comme le lui reproche justement Michel Troper – avec une quelconque obligation ou permission *simpliciter*. Mais il ne peut s'agir de cela pour la *TRI*, puisque la *TRI* ne peut pas admettre qu'il existe une norme dans le cadre d'un système normatif dont on postulerait la validité pour les besoins de l'analyse.

Afin de montrer qu'il y a bien d'autres effets normatifs que l'obligation, permission ou interdiction que la norme impose, Michel Troper distingue « être tenu d'appliquer un énoncé » et l'obligation relative à telle ou telle conduite. Malheureusement, Michel Troper ne nous dit pas ce qu'il entend exactement par « être tenu ». Cela peut vouloir dire « être causalement contraint » et cela peut vouloir dire « être obligé » (dans le cadre d'un système ou *simpliciter*). Or, les deux alternatives amènent de nouveaux problèmes.

S'il s'agit de la première alternative, il paraît tout d'abord difficile de parler d'« effets *normatifs* » sauf en un sens tout à fait métaphorique et prêtant à malentendu. L'on voit mal, ensuite, pourquoi d'« autres autorités [seraient] *tenu*es d'attribuer à un énoncé la même signification que l'interprète »<sup>31</sup>. Pour une démarche empirique, il ne peut y avoir que le fait que certains énoncés soient proférés et que ces énoncés portent sur la signification d'autres énoncés. Et l'on pourra dire que l'on appelle « interprète authentique » celui dont les interprétations sont reprises par d'autres autorités. Mais du fait que d'autres autorités aient effectivement adopté la même attitude, il ne suit nullement qu'elles aient été « *tenu*es » de le faire.

La deuxième alternative est cependant la plus plausible, si l'on se fie au nouvel exposé des thèses de la *TRI*, livré dans la *réplique* : selon celle-ci « ... le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée... »<sup>32</sup>. Si l'on suit cette version et si l'on suppose qu'il existe ainsi une obligation de suivre les interprétations authentiques, il ne suit nullement que les autres autorités le feront effectivement. D'un point de vue empirique, en effet, peut-être agiront-elles de telle façon, peut-être non, cette question étant parfaitement indépendante de ce que dit l'interprète. Mais au préalable, on ne sait toujours pas pourquoi qui que ce soit pourrait être tenu de faire quoi que ce soit, car cela suppose qu'il y ait bien, selon Michel Troper, une norme valide dans un quelconque système dont l'interprète authentique serait l'auteur et dont les autres auto-

31. C'est nous qui soulignons.

32. Thèse a), p. 337, c'est nous qui soulignons.



rités seraient les destinataires et l'on ne sait toujours pas comment cela pourrait se produire *selon la TRI* qui ne peut admettre autre chose que des faits d'énonciations d'actes de langage et d'autres comportements observables.

Michel Troper envisage donc une tout autre question que celle de la nature de ce qu'il appelle « effets normatifs » lorsqu'il distingue deux types d'obligation : celle d'accepter l'interprétation comme authentique, celle d'agir selon ce qu'exige la norme produite par l'interprétation authentique. Il y aurait par conséquent *deux normes*. Mais si l'on suit, encore une fois, le nouvel exposé de la *TRI*, ces normes sont indissociables : « Les normes sont posées (...) par les interprètes authentiques »<sup>33</sup>. Il y aurait donc la production de la norme proprement dite et la production de la norme d'adopter la même norme, tout cela contenu dans un seul et même acte d'interprétation. Mais il ne s'agit pas d'une simple coïncidence circonstancielle. Et cela se comprend aisément. Adopter l'interprétation I du texte T, cela veut dire considérer qu'il existe une obligation déterminée Op (« Il est obligatoire que *p* »). Lorsque l'interprète produit la norme Op, il produit simultanément l'obligation déterminée selon laquelle il convient de faire appliquer Op. La norme Op ferait ainsi partie d'un ensemble plus vaste où les uns sont soumis à certaines obligations et les autres à l'obligation de faire respecter ces premières obligations. On retrouve ainsi l'idée classique que les ordres juridiques consistent en des systèmes normatifs conditionnels où la violation d'une norme déclenche l'obligation de faire respecter cette première norme à l'aide de mécanismes de sanctions plus ou moins raffinés<sup>34</sup>. Mais cela veut bien dire que « effets normatifs » ne dit rien d'autre que produire des normes, quelle qu'en soit la construction.

Michel Troper ajoute alors implicitement un troisième élément : « ... aucune procédure ne permet d'invalider cette interprétation, ni d'invalider les normes qui sont produites sur le fondement de cette interprétation... »<sup>35</sup> et il illustre cette affirmation en parlant des « ... normes constitutionnelles produites par le Conseil constitutionnel lorsque, à la suite de sa décision de 1971, il interprète telle ou telle disposition du préambule »<sup>36</sup>. Il semble difficilement concevable que Michel Troper se réfère ici à l'article 62, alinéa 2 (« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ») de la Constitution du 4 octobre 1958 qui n'est, selon la *TRI*, qu'un texte sans

33. Thèse d), p. 337.

34. C'est-à-dire qu'il n'est nullement besoin que la violation de l'obligation Op soit immédiatement suivie de l'obligation de punir physiquement le destinataire de Op. Un très grand nombre d'étapes peut intervenir avant que la sanction ne doive se matérialiser par un acte de violence.

35. P. 350.

36. P. 350 s.

valeur normative. Mais comment Michel Troper sait-il alors qu'il n'y a aucune procédure? L'on croyait savoir que, selon la *TRI*, il s'agissait, là comme ailleurs, d'une question de *pur fait* et qu'il était par conséquent impossible de parler en termes généraux puisque cela suppose une induction complète. Est-ce que cela voudrait dire alors que *selon l'interprétation authentique* il n'existe aucune procédure et que cela doit être compris comme indiquant qu'il existe non seulement une obligation de respecter l'interprétation et une obligation de se conformer à la norme produite par l'interprétation, mais aussi une troisième norme concernant le statut normatif de la première norme?

Quelle que soit l'interprétation de la première variante de la thèse proposée par Michel Troper, le « effets normatifs » sont bien toujours des normes et rien d'autre, même si elles ont plusieurs destinataires et des objets complémentaires et si elles n'ont aucune valeur normative objective, indépendante d'un cadre de référence – qui reste justement à établir. Or, s'il en est ainsi, Michel Troper n'a pas fourni le critère de l'objectivité que la *TRI* exige. N'importe qui peut dire que telle ou telle action est permise, interdite ou obligatoire, que d'autres autorités sont tenues de respecter cette interprétation et que toute procédure de recours est exclu. Il en résulte bien une atomisation d'organes éphémères. A moins que l'on change de perspective et que l'on adopte l'autre variante, celle qui se réfère uniquement au pur fait.

C – LES « EFFETS FACTUELS »

Michel Troper me reproche de reprocher à la *TRI* l'étrange idée qu'« identifier une norme serait prescrire »<sup>37</sup> et il a beau jeu de me faire apparaître comme le vilain jusnaturaliste que Ross avait injustement cherché à dénoncer en Kelsen. Il oppose à cette curieuse conception celle selon laquelle il s'agit simplement d'« affirmer que, selon un certain système juridique, il faut se comporter d'une certaine façon »<sup>38</sup>. Or, d'une part OP n'a nulle part affirmé ni sous-entendu ce qui lui est imputé, alors que Michel Troper n'a pas répondu à la question de savoir comment, pour reprendre ses propres termes, il est possible d'« affirmer que, selon un certain système juridique, il faut se comporter d'une certaine façon ». Or il affirme bien pouvoir montrer, et même selon les méthodes des sciences empiriques que selon un certain système juridique telle ou telle conduite est obligatoire. Il semblerait même que cela vaut tant pour l'interprétation proprement dite que pour la norme produite par l'interprétation.

37. P. 351.

38. P. 351.

Il est vrai que la *TRI* peut parfois être comprise comme jouant sur le double sens de « droit » car dire sans autres précautions, par exemple, qu'il n'y a pas de procédure permettant d'invalider l'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision de 1971<sup>39</sup> peut apparaître comme l'affirmation *qu'en doctrine* le Conseil constitutionnel a toujours le dernier mot quelque soit la décision qu'il rende, ce qui implique que le Conseil soit juridiquement plus fort qu'une révision de la Constitution et qu'il pourrait, juridiquement, édicter n'importe quelle norme constitutionnelle. De tels propos pourraient en effet être perçus comme des prescriptions, du moins comme des prescriptions conditionnelles (« Si l'on veut se conformer au droit, alors il faut respecter ce que décide le Conseil constitutionnel, quelle que soit sa décision »). Mais ce n'est guère cela qui est ici en cause puisque l'on admet que la *TRI* est une théorie qui tient compte des précautions visant à éviter que ses propos sur le droit soient des énoncés prescriptifs. Il est par conséquent strictement inexact d'affirmer qu'OP aurait soutenu « qu'identifier une norme c'est prescrire à son tour »<sup>40</sup>. Ce qui est en cause, en revanche, c'est la question de savoir si la *TRI* permet, comme elle le prétend, toutes précautions prises en compte, d'identifier des normes.

Michel Troper propose ici une lecture fort étrange de ce qu'il est convenu d'appeler la « loi de Hume », c'est à dire l'impossibilité d'inférer un énoncé prescriptif à partir de prémisses ne contenant que des énoncés non-prescriptifs. Mais cette impossibilité vaut autant pour des propositions normatives *simpliciter* (« *p* est vrai donc il est obligatoire que *p* ») que pour des propositions normatives dans le cadre d'un système donné (« *p* est vrai donc *p* est obligatoire dans l'ordre normatif... ») et cela vaut évidemment quelque soit le type de prémisses non-prescriptive. A ce titre :

P1 : « Il est vrai que *p* »

est aussi peu admissible pour déduire que *p* est effectivement obligatoire que

P2 : « Il est vrai que *x* a dit que *p* est obligatoire ».

Le fait que *x* dise « Je suis Jules César » ou « Je suis le Président de la République » ou « Nous sommes le Conseil constitutionnel » est ici parfaitement indifférent, la question étant précisément de savoir pourquoi *x*, qui affirme entre bien d'autres choses, détenir un statut organique, détenir effectivement un statut organique au sens où, selon un système normatif donné, un organe *Y* aurait l'autorisation de produire des normes de la catégorie *C* (et non pas de savoir si *X* affirme détenir une telle autorisation).

39. P. 350 s.

40. P. 351.

41. P. 352.

Tout ce que nous apprenons à ce propos, c'est que, selon Michel Troper la *TRI* serait parfaitement « indifférente » au « fait que les comportements prescrits [aient] effectivement lieu »<sup>41</sup>. Selon la *TRI* « efficacité normative et efficacité factuelle se confondent ». Cela est illustré par l'exemple d'une constitution contenant une disposition garantissant l'égalité de tous et d'une autorité interprétant cette disposition comme garantissant l'égalité des hommes et des femmes. Que cette égalité soit réalisée ou non et dès lors que cette interprétation n'est pas « juridiquement contestée », « il faut considérer qu'il existe une norme prescrivant l'égalité des sexes »<sup>42</sup>.

Quelle est ici la prémisse prescriptive (relative à un ordre juridique donné) permettant d'arriver à ce résultat? Si c'est le fait qu'il existe une constitution ou qu'il existe une autorité (que, selon un ordre juridique donné, A est l'autorité habilitée à produire les normes de catégorie C), la question est justement de savoir comment la *TRI* arrive à identifier ces prémisses. Il serait toutefois étrange que l'existence d'une Constitution soit considérée comme une prémisse prescriptive par la *TRI*, puisque la *TRI* ne peut admettre que la Constitution soit autre chose qu'un texte sans valeur normative. L'on peut difficilement faire valoir que ce soit l'affirmation de l'existence d'une autorité dotée de certaines habilitations puisque la question de savoir qui est une autorité susceptible de produire des interprétations authentiques est « une question de pur fait ». Et la même remarque vaut en ce qui concerne la « contestation juridique », puisque l'on cherche justement ce qui permet d'identifier ce qui serait *juridique*. S'il s'agit simplement du fait que quelqu'un dit : « La Cour constitutionnelle, réunie en séance plénière, vu la Constitution et notamment l'article A, vu la loi L..., décide ... », cela relève effectivement du simple fait et il ne s'ensuivra jamais, toutes choses égales par ailleurs, qu'il existe un système juridique qui aurait effectivement telle ou telle Constitution ou telle ou telle Cour constitutionnelle et que cette Cour constitutionnelle aurait effectivement produit une interprétation authentique ainsi que la norme constitutionnelle selon laquelle les hommes et les femmes bénéficient de l'égalité entre eux.

L'affirmation selon laquelle efficacité normative et efficacité factuelle se confondent demeurent donc parfaitement mystérieuse. Elle le demeure d'autant plus que la *TRI* affirme être une théorie empirique et que le seul fait empirique ici produit repose sur la prémisse que nous sachions déjà qu'il existe un ordre juridique et qu'une autorité a rendu une décision. Or c'était justement ce qu'il convenait de montrer. La thèse « qu'il faut considérer qu'il existe une norme prescrivant l'égalité des sexes », ou autre chose d'ailleurs, demeure une pétition de principe.

42. P. 352.

Sous l'intitulé de la « double régression » j'avais soulevé les deux difficultés suivantes : a) il est, selon les termes mêmes de la *TRI*, impossible de saisir autre chose que des textes, or tout texte étant indéterminé, il est impossible de parler de ce dont parle la *TRI*, c'est-à-dire des interprétations authentiques, par définition déterminées ; b) l'identification d'une interprétation authentique implique la possibilité d'une interprétation analytique, c'est-à-dire la mise en œuvre de critères sémantiques, or cette possibilité est formellement niée par la *TRI* et réitérée par Michel Troper.

La deuxième critique implique en effet une forme de circularité et elle a été traitée plus haut. Elle suppose, pour les besoins de la cause, que quelque chose comme une « interprétation authentique » au sens de la *TRI* soit possible. La première conteste cette possibilité. Selon la *TRI*, en effet, il ne peut jamais y avoir que des textes. Michel Troper, dans sa réplique, s'en prend à un autre argument, que je n'ai jamais développé. Selon cette objection, la *TRI* procède à un renversement de la hiérarchie des normes en faisant de l' « interprète ultime » « le véritable maître du système ». Cette conception des choses serait toutefois erronée parce que « contraire à la réalité », puisque soit les organes sont hiérarchisés et dans ce cas ceux qui sont supérieurs imposent leurs décisions à ceux qui sont inférieurs, soit ils ne sont pas et dans ce cas soit une autorité impose sa décision à l'autre soit deux décisions contraires coexistent avec des destinataires différents.

Malheureusement, la vision à laquelle Michel Troper s'attaque n'est pas, comme il le suggère, la présentation « sous une forme légèrement différente » d'un argument identique, mais celle d'un problème *entièrement* différent. La critique relatée dans la *réplique* suppose en effet qu'une interprétation authentique existe. Comme elle est l'œuvre de celui qui applique le texte et lui attribue une signification déterminée, la hiérarchie ne peut pas être celle qu'envisagent ceux pour qui certains textes constituent, sous certaines conditions, la formulation de normes. Du point de vue *externe* d'une théorie de la hiérarchie des normes, la conception de la *TRI* apparaît en effet comme contre-intuitive et une hiérarchie établie par un seul organe dans le cadre d'une seule décision paraît en effet bizarre puisque cela suppose qu'un seul organe soit simultanément plusieurs, c'est à dire une forme de schizophrénie. Mais cette perception relève d'une critique externe. Une question déjà plus interne à la *TRI* est celle de savoir où se situe exactement l'interprétation authentique. Est-elle celle que produit une « cour suprême » ou bien la détermination de l'indétermination n'intervient-elle qu'au moment où l'on décide des mesures concrètes individuelles ou bien même faut-il attendre la réalisation concrète de ces mesures ? Il faut bien admettre que la *TRI* n'est pas là dessus d'une grande clarté et qu'elle ne peut l'être puisqu'elle veut en même temps coller aux *faits concrets* (et non aux abstractions et indéterminations des « textes ») et analyser les *actes* de production normative

ayant *vraiment* une *incidence* sur ces faits ; elle veut être à la fois une théorie rendant compte de normes et une théorie rendant compte de faits. Ce n'est évidemment pas entièrement la même chose. Une décision peut trancher un conflit, mais il ne s'ensuit nullement que le dit conflit soit effectivement réglé comme la dite décision le prévoit, car dans les faits les choses peuvent être beaucoup plus complexes. De ce point de vue, l'objection selon laquelle c'est bien le dernier intervenant dans une consécution de décisions relatives à une certaine situation qui *tranche véritablement* la question selon laquelle c'est bien lui et non une juridiction, fût-elle suprême et ses jugements fussent-ils insusceptibles de recours, qui procède à l'interprétation authentique, est parfaitement justifiée en tant qu'objection *interne*.

Si la *TRI* est effectivement une théorie empirique, cette question ne peut être décidée *a priori* mais ne peut trouver de réponse qu'au cas par cas et au vu de tous les éléments factuels pertinents. La réponse de Michel Troper n'est pas vraiment satisfaisante, car elle se prévaut d'une « réalité » qu'elle n'a jamais vraiment analysée. Mais il convient également de reconnaître que la classification des cas possibles est imparable : soit il existe une hiérarchie factuelle effective telle que les normes prononcées en haut sont respectées en bas, soit ce n'est pas le cas et alors il y aura plusieurs « autorités » qui coexistent et il se pourra que l'une ou l'autre ou aucune n'ait effectivement le dernier mot. Pour le dire plus simplement soit il existe des rapports d'obéissance, soit il n'y a en a pas. Mais cette réponse abstraite, que personne ne contestera sérieusement, ne nous apprend rien sur la réalité des rapports d'obéissance et sur la méthode appropriée en vue de les analyser empiriquement.

Cependant, notre critique ne portait pas du tout, *ici*, sur ce point. L'objection ne concerne pas, *ici*, le caractère contre-intuitif ou indécidable de la théorie, mais simplement le problème, interne à la *TRI*, du critère d'identification de l'interprétation authentique. Avant même que puissent se poser des question d'efficacité normative ou factuelle, il s'agit de savoir quel est l'objet dont on parle, quelle est l'entité susceptible d'être pourvue d'effets par l'ordre juridique. La *TRI* distingue strictement entre le « texte », *toujours* indéterminé et *toujours* sans effets normatifs, et l' « interprétation authentique », *toujours* déterminée et *toujours* pourvue d'effets normatifs. Or, puisque toute autorité interprétant un texte formule son interprétation à l'aide d'un autre texte, il ne peut pas y avoir d'interprétation authentique. Et l'on ne peut pas dire que certains textes seraient des formulations d'interprétations authentiques, car alors il faudrait dire que certains textes seulement sont indéterminés et il faudrait disposer des critères d'identification de ces textes-là précisément. Or, la *TRI* ne permet pas de dégager un tel critère.

Il ne peut s'agir de critères normatifs ni de critères factuels et même si de tels critères existaient, il seraient inopérants puisqu'il faudrait enfin

pouvoir dire en quoi, précisément, un texte dit que tel ou tel ensemble d'actions *déterminées* est obligatoire, interdit ou permis et cela exige une opération sémantique, mais Michel Troper réitère que tout critère sémantique est exclu.

La *TRI* construit donc bien un objet contradictoire, à la fois texte et interprétation authentique, à la fois norme et fait, à la fois référent des énoncés des « professeurs » et inaccessible par des procédures de connaissance. Un objet contradictoire n'existe pas.

La *TRI* est bien une théorie sans objet. Contrairement à ce qu'affirme Michel Troper, ni la *TRI* ni la *TRI-2* ne parviennent à rendre plausible l'objet et la méthode qu'elle préconise. Ses analyses ne sont pas empiriques mais sémantiques, elles portent sur des textes et non des « interprétations authentiques » au sens où elle entend cette expression. Or, elle affirme former des énoncés indicatifs – susceptibles d'être vrais ou faux – à valeur scientifique concernant les objets dont elle parle véritablement, mais ces objets ne sont pas ceux de la théorie. Affirmant que tel organe aurait rendu telle ou telle décision, elle produit des énoncés qui ne se distinguent nullement, *en tant que tels*, de ceux que produit la doctrine qu'elle critique comme n'étant au plus qu'un discours de justification et non un discours scientifique. Faute de produire la méthodologie dont elle se réclame, la *TRI* demeure alors, au moins jusqu'ici, une dogmatique sans théorie.