

Le démon de la catégorie

**Retour sur la qualification
en droit et en littérature**

**Sous la direction de Anna ARZOUMANOV,
Arnaud LATIL et Judith SARFATI LANTER**

**Sous la direction de Anna ARZUMANOV,
Arnaud LATIL et Judith SARFATI LANTER**

Le démon de la catégorie

**Retour sur la qualification
en droit et en littérature**

mare & martin

Collection des *Presses Universitaires de Sceaux*

Texte intégral
© Éditions mare & martin, 2017

ISBN 978-2-84934-320-3

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Pour les publications destinées à la jeunesse : application de la Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949.

Sommaire

Préface

Anna ARZOUMANOV, Arnaud LATIL et Judith SARFATI LANTER

I

L'INTERPRÉTATION, ENTRE LITTÉRATURE ET DROIT

Y a-t-il une loi dans ce tribunal ? « Radicalisation autodestructrice » à propos de l'interprétation

Thomas HOCHMANN

Le style comme circonstance atténuante ou aggravante d'une censure ? Les considérations littéraires dans la mise à l'Index du *Paris* de Zola

Jean-Baptiste AMADIEU

Le contrat de communication.

Une catégorie qui interroge le droit à propos de l'humour

Patrick CHARAUDEAU

II

DES CATÉGORIES COMMUNES

De l'art délicat de la démonologie. Qualifier les mouvements dans l'enfer des catégories en *isme*

Yves-Édouard LE BOS

L'œuvre en droit et en littérature

Edouard TREPPOZ

« La non-fiction au tribunal. Peut-on faire parler et penser des personnages réels ? »

Mathilde BARRABAND

La responsabilité du fait des personnages

Didier BOUTHORS

III DES CATÉGORIES EN MOUVEMENT

Les catégories juridiques à l'épreuve de la littérature

Nicolas DISSAUX

La distinction des *res* et des *personae* dans *Les Animaux dénaturés*

Fabrice DEFFERRARD

***Jocandi causa* : la catégorie du « jeu littéraire » dans l'étude des poésies à scandale de la Renaissance et de leur censure**

André BAYROU

IV DES CATÉGORIES EN CONSTRUCTION

Les catégories de l'identification et de la distanciation dans les procès de fictions

Anna ARZOUMANOV

Proximités sémantiques et écarts lexicaux entre droit et critique littéraire

Hélène MAUREL-INDART

Table-ronde : Les procès littéraires du point de vue des avocats

Christophe BIGOT et Emmanuel PIERRAT

I

**L'interprétation,
entre littérature et droit**

Y a-t-il une loi dans ce tribunal ? « Radicalisation autodestructrice » à propos de l'interprétation

Thomas HOCHMANN

*Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne,
Directeur adjoint du CRDT (Centre de Recherche Droit et Territoire)*

Le droit et la littérature présentent un évident point commun : il s'agit de deux activités de langage. En particulier, il existe des textes littéraires (par exemple des romans) comme il existe des textes juridiques (par exemple des lois). L'étude du droit et celle de la littérature, la « science du droit » et la « science de la littérature » ou, si l'on préfère, la « doctrine » et la « critique » sont donc toutes deux confrontées à la question de l'interprétation, c'est-à-dire à la recherche de la signification de ces textes. J'emploie ici le mot « interprétation » dans ce sens strict, et non dans ses acceptions beaucoup plus larges et plus répandues. Ainsi, en droit, on parle souvent d'« interprétation » pour désigner l'application d'une norme générale à un cas particulier. En littérature, à l'inverse, on désigne de la sorte les abstractions, les réflexions générales développées à partir d'un texte. Ces entreprises, si elles présupposent la recherche de la signification du texte, développent des appréciations subjectives que l'usage du terme « interprétation » contribue à masquer en leur conférant l'apparence d'opérations purement cognitives¹. Ces raisonnements exigent « une certaine créativité et des choix logiquement non déterminés. Ces démarches considérées comme nécessaires (parfois même obligatoires) sortent du domaine scientifique auquel on cherche néanmoins à les intégrer »².

1. O. Pfersmann, « La *distinction fondamentale* de la théorie de l'interprétation et les raisons de son oubli », *Fabula-LhT*, n° 14, février 2015, www.fabula.org, notamment par. 15-18 et 46 s.

2. *Ibid.*, par. 48. En me concentrant sur l'interprétation au sens strict, j'adopte donc la démarche inverse de celle retenue par R. Dworkin, « De l'analogie entre textes juridiques et textes littéraires » (1982), in R. Dworkin, *Une question de principe*, trad. fr. A. Guillaïn, PUF, 1996 (1985), p. 188 : « Je ne m'intéresserai pas ici aux techniques employées pour déterminer le sens dans lequel un auteur a utilisé tel terme ou telle phrase. Je m'intéresserai plutôt aux arguments qui constituent une interprétation de l'ensemble d'une œuvre ».

La première tâche de la critique littéraire et de la doctrine juridique, et même peut-être la seule en ce qui concerne la seconde³, consiste donc à déterminer la signification des énoncés qu'elle prend pour objet⁴. On distingue en général deux thèses extrêmes à cet égard. La première consiste à affirmer qu'un texte ne recèle qu'une seule et unique signification qui indique la solution pour tous les cas. Tel un automate, le juge serait ainsi en mesure d'appliquer mécaniquement la loi à chaque cas d'espèce. Cette thèse n'a sans doute jamais été réellement défendue par quiconque, et constitue davantage un « homme de paille »⁵, un argument qui n'est mentionné que pour s'en démarquer. Elle n'a en particulier jamais été propagée par Hans Kelsen⁶.

Celui-ci a au contraire consacré ses rares écrits sur la question à critiquer une variante de cette première thèse, qui repose sur une conception extensive de l'« interprétation » et consiste à affirmer que cette opération permettrait de parvenir à *la* solution juste pour chaque cas d'espèce. Le représentant le plus emblématique de cette conception, qui inclut dans l'interprétation le recours à des considérations politiques et morales, est sans doute Ronald Dworkin selon lequel, à la manière de l'écrivain qui poursuit un roman, le juge cherche à déceler les « principes juridiques qui sont censés sous-tendre » les décisions antérieures, la « théorie politique » sous-jacente⁷. Comme l'écrasante majorité de la doctrine américaine, Dworkin se met à la place du juge. Il n'envisage pas le rôle particulier de la science du droit, mais essaie de préciser comment le juge devrait trancher la question qui lui est soumise. Il quitte donc la question de l'interprétation au sens strict, et ses développements ne présentent pas d'intérêt pour les nôtres.

3. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem » (1916), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, éd. par D. Mayer-Maly, H. Schambeck et W.-D. Grussmann, vol. I/1, Dunccker & Humblot, 1993, p. 67 s.

4. Cf., établissant ce parallèle entre le droit et la littérature, A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (1916/1919), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, *op. cit.*, p. 92 s. Il existe toutefois des différences non négligeables entre les deux entreprises, souligne Merkl. Ainsi, pour l'interprétation littéraire, la forme linguistique est très importante, tandis que pour l'interprétation juridique elle n'est qu'un mal nécessaire.

5. St. Paulson, « Formalism, “Free Law”, and the “Cognition” Quandary : Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation », *University of Queensland Law Journal*, 2008, p. 37.

6. Cf. par exemple H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. Ch. Eisenmann, Bruylant/L.G.D.J., 1999 (1962), p. 342 : « L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation “exacte” ou “vraie” ». Cette précision, inutile pour quiconque est quelque peu familier de l'œuvre de cet auteur, méritait tout de même d'être rappelée tant cette vieille caricature ne cesse périodiquement de ressurgir. Pour des exemples d'auteurs coupables de cette présentation de Kelsen et pour une mise au point, cf. St. Paulson, « Formalism », *loc. cit.*, p. 9 s. ; H. Dreier, « Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden », in Cl. Jabloner et al. (dir.), *Vom praktischen Wert der Methode*, *Festschrift Heinz Mayer*, Manz, 2011, p. 84 s.

7. R. Dworkin, *loc. cit.*, p. 201 et 204.

À la différence de la première thèse, la seconde thèse extrême a trouvé certains défenseurs⁸. Elle a en particulier été promue en France par Michel Troper sous le nom de « théorie réaliste de l'interprétation », et sera désignée ici comme la « thèse sceptique » car elle repose sur l'idée qu'un texte permet toutes les interprétations. Il n'y aurait aucun moyen objectif de savoir si une interprétation est correcte ou non. Les inconvénients de cette thèse ont été relevés de manière approfondie par plusieurs auteurs⁹. On peut se contenter de rappeler le plus évident : s'il est impossible de s'interroger objectivement sur la signification d'un énoncé, si l'interprétation n'est qu'une fonction de la volonté, et nullement de la connaissance, pourquoi les partisans de cette thèse entendent-ils examiner les jugements des cours suprêmes¹⁰ ? Pourquoi le juriste peut-il décrire ce qu'a jugé la Cour constitutionnelle, mais est-il incapable de décrire ce que prévoit la Constitution ? Pourquoi le premier texte est-il accessible à la connaissance et non le second ?¹¹

La « théorie réaliste de l'interprétation » ne peut échapper à cette critique qu'en se reniant : « On pourrait [...] 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 »¹². Mais la version faible n'est plus du tout une « théorie de l'interprétation », mais une simple description du droit positif. De plus, seule la thèse sceptique, celle selon laquelle le texte est *complètement* indéterminé, permet à Michel Troper de présenter son programme comme la seule entreprise véritablement scientifique, d'affirmer qu'une doctrine qui entend se prononcer sur les significations des énoncés juridiques ne peut produire que des affirmations invérifiables et caractérisées par des évaluations subjectives¹³. Si, en effet, ces énoncés

8. Comme le remarque E. Diciotti, « Operative Interpretation and Systemic Validity », in L. Gianformaggio et St. Paulson (dir.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli editore, 1995, p. 61, note 25.

9. La critique la plus complète et la plus dévastatrice de la « théorie réaliste de l'interprétation » est sans doute celle d'O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 789-836.

10. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'état*, PUF, 2001, p. 12.

11. Cf., en plus des remarques d'O. Pfersmann, O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 43 ; St. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 66.

12. M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 342. Michel Troper semble en effet parfois adopter cette version « faible ». Cf. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 98 : « Tout texte étant susceptible de comporter plusieurs significations, il appartient au juge de choisir *entre elles* ». Je souligne.

13. M. Troper, *La théorie du droit, op. cit.*, p. 13 : « prétendre que le juge s'est trompé ne signifie pas contester l'existence d'une norme en vigueur, mais seulement exprimer un

permettent plusieurs, et non pas toutes, les interprétations, plus rien ne justifie de se limiter à l'étude des jugements des cours suprêmes. Plus rien n'empêche d'examiner si la décision du juge, toute valide qu'elle soit, est bien conforme à une norme qu'il était censé appliquer. La prétention au monopole de la science contraint donc au scepticisme et aux contradictions qu'il implique. Décidément, c'est grande témérité que de se perdre soi-même pour perdre un autre¹⁴.

Les développements qui suivent voudraient élucider le mystère qui s'attache au succès de cette thèse sceptique, et rappeler qu'une autre voie est possible. Entre les deux thèses extrêmes, il existe en effet une position intermédiaire qui ne jouit pas de la séduction de l'extrémisme mais qui présente tout de même un avantage non négligeable : celui de ne pas être évidemment fausse. Selon cette thèse, le texte permet plusieurs significations. On trouve cette idée au sujet du droit chez Hans Kelsen : « le sens linguistique de la norme [de l'énoncé normatif] n'est pas univoque ; l'organe qui doit appliquer la norme se trouve placé devant plusieurs significations possibles »¹⁵. Une idée similaire est par exemple défendue par Umberto Eco à propos de la littérature : « le récepteur sélectionne le message et y introduit une probabilité qui s'y trouve certes, mais parmi beaucoup d'autres, dans le respect d'une liberté de choix »¹⁶.

On n'est donc pas contraint de passer d'un extrême à l'autre : l'absence d'univocité ne justifie pas de renoncer à l'interprétation, de se laisser happer par une « résignation sceptique »¹⁷. À vrai dire, la thèse selon laquelle les énoncés permettraient toutes les interprétations est rarement défendue sérieusement. Si des auteurs ont pu faire mine d'adopter une telle idée, c'est semble-t-il davantage dans un souci de *marketing*. Ainsi, Stanley Fish distille quelques affirmations sensationnelles (c'est l'interprète qui fait le poème¹⁸), mais semble en réalité simplement défendre la thèse aujourd'hui bien banale selon laquelle la signification d'un énoncé varie selon son contexte d'énonciation. Ce type de stratégie est également à l'œuvre chez les juristes, comme l'illustre cette citation d'un célèbre

énoncé invérifiable ». Une telle entreprise « n'est pas et ne peut pas être neutre, puisqu'elle se définit par la mise en œuvre d'évaluations ».

14. « C'est une grande témérité de vous perdre vous-même pour perdre un autre ». Montaigne, « Apologie de Raimond Sebond », cité in A. Compagnon, *Le démon de la théorie. Littérature et sens commun*, Seuil, 1998, p. 194.

15. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 337.

16. U. Eco, *L'œuvre ouverte*, 1965 (1962), cité dans U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, trad. fr. M. Bouzaher, Grasset, 1992 (1990), p. 26 s. Cf. aussi *ibid.*, p. 67 : « Il y a un sens des textes, ou il y en a plusieurs, mais on ne peut pas soutenir qu'il n'y en a aucun, ni que tous sont également bons ».

17. A. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes » (1918), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften*, *op. cit.*, p. 249.

18. St. Fish, « Comment reconnaître un poème quand on en voit un » (1980), in St. Fish, *Quand dire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives*, trad. fr. É. Dobenesque, Les prairies ordinaires, 2007, p. 62 : « Les interprètes ne décodent pas les poèmes : ils les font ».

auteur italien : « La thèse réaliste, selon laquelle il n'y a pas de significations avant l'interprétation, doit être comprise non pas dans le sens qu'avant l'interprétation les textes normatifs sont dépourvus de toute signification, mais dans le sens que tout texte normatif en exprime potentiellement plusieurs »¹⁹. On affirme donc qu'il n'y a pas de signification pour exprimer qu'il y en a plusieurs. Il est difficile d'expliquer une telle formulation autrement que par la volonté d'attirer l'attention au moyen de thèses d'apparence subversive.

Il n'en demeure pas moins que la thèse selon laquelle les énoncés juridiques permettraient toutes les interprétations est bel et bien défendue par des auteurs influents, au premier rang desquels se trouve Michel Troper. Comment l'expliquer ? Comment peut-on écrire, produire des énoncés qui affirment que les énoncés n'ont aucun sens ?

I. Explication de l'existence de la thèse sceptique en droit

A. La tentation de l'extrême

Une première raison s'attache peut-être à la tentation qui s'exerce sur toute entreprise théorique, et qui sert de fil rouge au guide de la théorie littéraire donné par Antoine Compagnon : « les positions moyennes semblent fragiles et difficiles à défendre. Il est toujours plus aisé d'argumenter en faveur de thèses démesurées »²⁰. On observe ainsi souvent dans le discours théorique une « radicalisation autodestructrice », un « jusqu'au-boutisme qui exige de mettre en cause toute position raisonnable pour parvenir à une position enfin “infalsifiable”, car intenable »²¹. Ainsi, entre la thèse selon laquelle l'énoncé ne communique qu'une unique signification, et celle selon laquelle l'énoncé permet toutes les significations, Michel Troper ne s'attarde sur aucune position intermédiaire²².

19. R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges Paul Amselk*, Bruylant, 2005, p. 432.

20. A. Compagnon, *op. cit.*, p. 194.

21. *Ibid.*, p. 188. Cf. aussi *ibid.*, p. 12 s. : « Les théoriciens donnent souvent le sentiment d'élever des critiques très sensées contre les positions de leurs adversaires, mais comme ceux-ci, confrontés par leur bonne conscience de toujours, n'en démordent pas et continuent à pérorer, les théoriciens se mettent eux aussi à donner de la voix, et poussent leurs propres thèses, ou antithèses, jusqu'à l'absurde, et du coup les anéantissent eux-mêmes devant leurs rivaux ravis de se voir justifiés par l'extravagance de la position adverse. Il suffit de laisser un théoricien parler et de se contenter de l'interrompre de temps en temps d'un “Ouais !” un peu goguenard : il brûlera ses vaisseaux sous vos yeux ! ».

22. M. Troper, *La théorie du droit*, *op. cit.*, p. 85 s. : l'auteur oppose deux groupes de théories : celles de « l'interprétation-connaissance » selon lesquelles « tout texte possède une signification unique, “véritable” » ; celles de « l'interprétation-volonté » selon lesquelles « le texte ne possède pas d'autre signification que celle qui est déterminée par le juge ».

Pour d'autres membres de cette école de pensée, la défense d'une thèse médiane semble être la réaction timorée de juristes qui n'osent regarder la vérité en face²³. Peut-être le succès de la thèse sceptique s'explique-t-il donc par le fait qu'elle a pour elle le charme de la subversion, du « post-modernisme », de la « déconstruction », et de la simplicité propre aux positions extrêmes.

Cette première piste demeure néanmoins insuffisante. La tentation de l'extrémisme ne permet pas à elle seule de comprendre pourquoi on en arrive à assurer qu'il est impossible de savoir si l'interprétation d'un énoncé était ou non permise par lui.

B. L'interprétation « authentique »

L'explication principale touche certainement à une différence majeure entre le droit et la littérature : l'existence d'un lecteur particulier. L'ordre juridique attache des effets à l'interprétation réalisée par un certain lecteur. Chacun peut débattre des significations d'un énoncé normatif, mais l'interprétation retenue par le lecteur habilité, par certains organes compétents, entraînera des effets juridiques. Par exemple, le juge pourra interpréter la loi d'une certaine manière et trancher en conséquence le cas qui lui est soumis. Juridiquement, sa décision sera valide, en dépit des avis contraires de l'une ou l'autre personne. Cette thèse a en particulier été développée par Hans Kelsen, qui distingue en ce sens l'interprétation « authentique » des interprétations réalisées par des individus non habilités, notamment l'interprétation « scientifique »²⁴. Il faut s'arrêter un instant sur ce terme d'interprétation « authentique », et sur la connotation de « vérité » qu'il charrie. Dans la tradition philologique, l'interprétation « authentique » est celle qui émane de l'auteur du texte²⁵. L'auteur a en effet longtemps

(Michel Troper crédite Kelsen d'avoir « formulé » cette opposition, mais cela ne semble pas tout à fait exact. Cf. *infra* sur les vues de Kelsen à propos de l'interprétation).

23. Ainsi, explique Éric Millard, la théorie réaliste de l'interprétation suscite les « réactions » hostiles de juristes qui ne peuvent admettre que le droit soit « simplement une affaire de pouvoir ». Ces juristes, poursuit Isabelle Boucobza, s'efforcent donc de montrer que la raison joue tout de même un rôle, et tiennent un « double langage ». Ils admettent le pouvoir créateur du juge mais s'efforcent de le « minimis[er] » pour des raisons idéologiques. I. Boucobza, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, p. 730 s. (avec une citation d'É. Millard).

24. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 341 : « De l'interprétation par un organe d'application du droit, toute autre interprétation se distingue par le fait qu'elle n'est pas authentique, c'est-à-dire qu'elle ne crée pas de droit ». L'expression « interprétation authentique », utilisée en ce sens, apparaît peut-être pour la première fois chez A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (1916/1919), *loc. cit.*, p. 115.

25. Cf. par exemple J. Greisch, « Le principe d'équité comme "âme de l'herméneutique" (Georg Friedrich Meier) », *Revue de métaphysique et de morale*, 2001, p. 29. Ce concept de l'interprétation authentique a également cours en droit, même s'il semble désormais

été l'autorité suprême, le critère essentiel pour déterminer le sens d'un texte²⁶. L'opinion de « la justesse du point de vue auctorial » fut « partagée presque sans réserve pendant des siècles »²⁷. Mais l'organe juridiquement compétent déploie une « force d'intimidation herméneutique »²⁸ encore plus grande : quelle que soit la signification qu'il attribue au texte, elle entraînera des effets juridiques. C'est à cette intimidation que Michel Troper semble avoir cédé. La thèse selon laquelle les énoncés n'ont pas de signification, ou permettent toutes les significations, n'est pas justifiée par des considérations de linguistique ou de philosophie du langage (comment pourrait-elle l'être ?) mais par le constat de l'existence d'une interprétation dotée d'effets juridiques. On observera ainsi le glissement qui s'opère entre ces deux affirmations successives : « L'effet de l'interprétation authentique est qu'elle s'impose, quel que soit son contenu. Le texte interprété n'a pas et ne peut avoir d'autre sens que celui que lui a donné l'autorité habilitée »²⁹.

Il est cependant erroné de déduire d'une observation du droit positif des prétentions relatives à la théorie de l'interprétation. Que vient faire le mot « véritable » à la fin de la citation suivante ? « Ce n'est donc pas le sens véritable qui permet de dire qu'une interprétation est vraie, c'est au contraire l'interprétation émanant d'un organe habilité qui permet de dire quel est le sens véritable »³⁰. La signification retenue par l'organe compétent peut, à la limite et avec quelque imprécision³¹, être qualifiée de « valide », de « juridiquement obligatoire », mais certainement pas de « véritable ». Elle peut être correcte sans être la seule interprétation permise par le texte³², et elle peut également être erronée³³.

supplanté par le concept kelsénien. Cf. M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Colloque du Sénat, 2006, https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge3.html ; J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law, A Kelsenian perspective*, Routledge, 2011, p. 115.

26. A. Compagnon, *op. cit.*, p. 54.

27. G. Genette, *Seuils*, Seuil, coll. « Point Essais », 1987, p. 411

28. *Ibid.*, p. 412.

29. M. Troper, *La théorie du droit*, *op. cit.*, p. 71.

30. *Ibid.*, p. 88.

31. Il est certain que le juge crée du droit, par exemple en condamnant une personne à une peine de prison. Il est beaucoup plus discutable d'affirmer que l'interprétation de la loi retenue par le juge devient une norme générale applicable aux futures espèces. Je laisse ce point de côté ici.

32. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 338 : « Dire qu'un acte juridictionnel, un jugement ou un arrêt, est fondé sur la loi ne signifie pas qu'il est la norme qui peut être créée dans le cadre de la norme générale, mais seulement qu'il est l'une des normes individuelles qui pourraient toutes également l'être ; en somme, cela signifie que la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi ».

33. *Ibid.*, p. 341 : « la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes juridiques qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation [...] des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer ».

Ce dernier point est peut-être particulièrement la source de confusion. Le juge (ou tout autre organe d'application du droit) peut prendre une décision contraire à la loi, et cette décision peut malgré tout être valide. Mais cette situation découle du droit positif qui, pour des raisons notamment liées à la sécurité juridique, prévoit la validité des décisions de certains organes, indépendamment de leur parfaite conformité aux normes qu'ils sont censés appliquer³⁴. Ainsi, comme l'écrit Riccardo Guastini, cette distinction entre la validité et la conformité ne peut pas « être invoquée pour soutenir que toutes les interprétations sont équivalentes *du point de vue de la théorie de l'interprétation*, car toutes les interprétations ne sont équivalentes que *du point de vue du droit positif* : ce qui est une chose tout à fait différente »³⁵. Le fait que l'ordre juridique confère la validité à une décision prise sur le fondement d'une interprétation erronée n'entraîne pas du tout que cette interprétation était correcte, et encore moins qu'elle est la seule « véritable ». « Les juges sont faillibles, même à propos des questions juridiques, et il est donc parfaitement sensé de dire qu'une cour, y compris une cour suprême, a tort, même si une telle affirmation n'a pas de conséquence immédiate dans le système juridique »³⁶.

C. Les remarques de Kelsen sur l'interprétation

Eugenio Bulygin, l'auteur de cette dernière citation, s'en prend de la sorte à Kelsen. Cette attaque semble injustifiée, mais elle est compréhensible car les développements que Kelsen consacre à ces questions ont tendance à indiquer une mauvaise piste. C'est celle qu'a empruntée Michel Troper, qui a développé sa réflexion à partir de Kelsen, dont il affirme que « sa propre théorie de l'interprétation [...] devrait [le] conduire à des conclusions analogues à celles des réalistes »³⁷. Il est donc tout indiqué de rappeler la teneur des écrits de Kelsen sur l'interprétation : peut-être y trouvera-t-on une troisième explication à l'étrange développement du scepticisme dans une partie de la doctrine française.

Les termes employés par Kelsen peuvent être à la base d'une première confusion. Lorsqu'il parle d'« interprétation authentique », il semble en effet évoquer deux choses. Il s'agit d'abord d'une interprétation au sens strict, c'est-à-dire de la recherche de la signification d'énoncés, effectuée par un organe habilité afin de

34. Ce point n'est pas abordé clairement dans les écrits de Kelsen traduits en français, et a surtout été traité par Adolf Merkl, un autre membre de l'école de Vienne dont les travaux demeurent à peu près inconnus en France. Cf. Th. Hochmann, « Protéger les violations de la Constitution : le *Fehlerkalkül* d'Adolf Merkl », in A. Le Pillouer (dir.), *La protection de la Constitution, la protection par la Constitution*, LGDJ, 2017 (à paraître).

35. R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges Paul Amserek*, Bruylant, 2005, p. 438 (souligné dans l'original). Cf. aussi O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *loc. cit.*, p. 808 s.

36. E. Bulygin, « Cognition and Interpretation of Law », in L. Gianformaggio et St. Paulson (dir.), *op. cit.*, 1995, p. 23

37. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 81 s.

connaître la norme qu'il lui faut appliquer. En ce sens, l'interprétation est « un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit ». Mais Kelsen désigne aussi de manière imprécise comme une « interprétation » le choix par cet organe de la norme plus concrète qu'il produit : l'interprétation consiste pour cet organe à « savoir quel est le contenu qu'il doit donner à la norme individuelle à déduire de la norme générale [...] dans son application à une espèce concrète »³⁸.

C'est essentiellement de ce processus de création du droit que traite Kelsen sous le terme d'« interprétation ». Ainsi, la thèse de l'« indétermination », selon laquelle la norme supérieure ne lie jamais complètement l'organe d'application, n'est pas une thèse relative à l'interprétation, elle ne touche pas comme on pourrait le penser à l'indétermination du langage. Il ne s'agit pas tant pour Kelsen de s'interroger sur l'interprétation de l'énoncé de la norme supérieure que de montrer que la norme supérieure, une fois établie, laisse toujours une marge d'appréciation plus ou moins grande à son organe d'application³⁹.

Il faut reconnaître que Kelsen n'est pas clair sur ce point. Il ne distingue pas entre interprétation du droit applicable et application-crédation du droit. Il semble parfois lier la signification de l'énoncé de la norme à appliquer au contenu de la norme d'application⁴⁰. Mais ce sont là deux questions différentes⁴¹. Par exemple, plusieurs interprétations semblent possibles de l'énoncé de la Constitution américaine qui interdit les châtements « cruels » : ainsi la cruauté concerne-t-elle la nature de la peine ou bien l'intention de celui qui l'inflige⁴² ? Lorsqu'une unique signification est retenue, la norme laisse toujours une large marge de décision à son organe d'application, dès lors que la cruauté renvoie à une appréciation. La liberté de l'organe d'application et la détermination du cadre de cette liberté, c'est-à-dire l'interprétation au sens strict, sont deux questions différentes.

38. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 335. Cf. O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *loc. cit.*, p. 807 s.

39. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 336. Cf. sur ce point Cl. Luzzati, « Discretion and "Indeterminacy" in Kelsen's Theory of Legal Interpretation », in L. Gianformaggio (dir.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, 1990, p. 130 s.

40. Cf. par exemple, H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, 1951, p. xiv : « The view [...] that *the verbal expression of a legal norm has only one, "true" meaning* which can be discovered by correct interpretation is a fiction, adopted to maintain the illusion of legal security, to make the law-seeking public believe that there is *only one possible answer to the question of law in a concrete case* ». Je souligne.

41. Cf. M. Jestaedt, « Wie das Recht, so die Auslegung. Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n° 55, 2000, p. 140, note 21.

42. Cf. J. Stinneford, « The Original Meaning of "Cruel" », *Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017 (à paraître, accessible sur SSRN).

Ces imprécisions et ces formulations maladroites de Kelsen ont pu conduire Michel Troper à affirmer que pour cet auteur, l'interprétation « n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté »⁴³. Le caractère décisionnel de la création de la norme inférieure est ainsi transposé à l'interprétation de l'énoncé de la norme appliquée. L'interprétation consiste alors à décider librement de la signification d'un énoncé, et la thèse sceptique se profile.

La lecture approfondie de Kelsen n'incitait guère à lever cette confusion. En effet, en dépit de la promesse qui ouvre la *Théorie pure du droit*⁴⁴, Kelsen ne consacre pas de réflexions très poussées au thème de l'interprétation. Les écrits consacrés à la question manquent rarement de rappeler ce silence⁴⁵. Sur ce sujet, l'entreprise de Kelsen n'est pas constructive mais uniquement critique : il s'agit pour lui de s'opposer à la doctrine traditionnelle qui croit être en mesure de connaître la solution unique dans chaque cas, alors que seule l'identification d'un cadre de significations et de solutions possibles est scientifiquement envisageable. La science du droit peut décrire ce cadre, mais elle ne peut sans outrepasser sa tâche choisir parmi les solutions possibles. Il s'agit uniquement pour Kelsen de critiquer ce type de démarche doctrinale⁴⁶. Les « soi-disant méthodes d'interprétation » utilisées pour trouver « la » solution juridiquement imposée sont en réalité la traduction des choix subjectifs des commentateurs, qui s'écartent donc de leur mission de description du droit : « D'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres »⁴⁷.

43. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 86.

44. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 9 : « La théorie pure du droit [...] constitue une théorie générale du droit (à ce titre, elle comprend, bien entendu, une théorie de l'interprétation juridique) ».

45. Cf. Chr. Schwaighofer, « Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung », in R. Walter (dir.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/96*, Manz, 1986, p. 232 ; St. Paulson, « Kelsen on Legal Interpretation », *Legal Studies*, 1990, p. 136 ; H. Mayer, « Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre », in R. Walter (dir.), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Manz, 1992, p. 61 ; L. Adamovich, « Reine Rechtslehre und Hermeneutik », in J. Hengstschlagger et al. (dir.) *Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck*, Duncker & Humblot, 1994, p. 132 ; M. Jestaedt, « Wie das Recht, so die Auslegung », *loc. cit.*, p. 138 s. ; St. Paulson, « Formalism », *loc. cit.*, p. 7 ; J. Kammerhofer, *op. cit.*, p. 107 ; N. Bersier Ladavac, « Zur Interpretationstheorie von Hans Kelsen », in Clemens Jabloner et al. (dir.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, Manz, 2013, p. 52.

46. Cf. R. Walter, « Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre », in G. Kohlmann (dir.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, tome 1, Peter Deubner Verlag, 1983, p. 189 s. ; R. Thienel, *Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz*, Manz, 1991, p. 183 ; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2^e éd., Nomos, 1990, en particulier p. 153 s. ; O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme », *loc. cit.*, p. 808.

47. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 338. Je souligne.

La science du droit doit se cantonner à l'identification du « cadre ». Mais de la manière de procéder à cette fin, Kelsen ne dit rien⁴⁸.

Diverses explications peuvent être données à ce silence. Peut-être que les questions concrètes d'interprétation nécessitent de recourir à d'autres disciplines que la science juridique, ce qui aurait justifié le désintérêt de Kelsen⁴⁹. Surtout, répétons-le, Kelsen est ici avant tout, voire uniquement, préoccupé par la critique de la doctrine traditionnelle. Il lui importe de préciser qu'il revient à celle-ci de décrire fidèlement le droit, et non de le créer ou de le modifier, et qu'il lui faut donc s'arrêter aux contours du pouvoir discrétionnaire laissé à l'organe d'application. Il lui faut aussi reconnaître qu'un jugement peut être valide, quand bien même le juge se serait trompé sur le droit ou sur les faits⁵⁰. Tel est le seul objectif de Kelsen lorsqu'il traite de ces questions : il s'est attardé à montrer ce que l'interprétation scientifique ne pouvait pas faire, et non ce qu'elle pouvait faire⁵¹.

Il peut néanmoins demeurer tentant de transposer l'indécidabilité scientifique *au sein du cadre* à l'identification *du cadre* lui-même. L'affirmation suivante peut servir d'exemple : « Toutes les méthodes d'interprétation qui ont été jusqu'ici développées ne conduisent jamais qu'à un résultat possible, jamais à un résultat qui serait seul exact »⁵². Chez Kelsen, cette affirmation s'applique vraisemblablement aux résultats situés à l'intérieur du cadre. Mais en étendant cette thèse à l'identification du cadre, on parvient à la thèse sceptique⁵³.

Ainsi, en partant de Kelsen, on peut contester que la science du droit serait en mesure d'identifier une solution imposée juridiquement pour chaque cas particulier. Si on se laisse emporter par son élan, on en vient à conclure que la science du droit ne peut rien dire du tout à propos du droit applicable. Sur ce point, Adolf Merkl est beaucoup plus précieux que Kelsen pour saisir la position de l'école de Vienne. Il convient de distinguer, expliquait-il par exemple dans un

48. Cf. M. Jestaedt, « Methoden(r) einheit und Disziplinenvielheit – Das unvollendete Verwissenschaftlichungskonzept der Reinen Rechtslehre », in Cl. Jabloner et al. (dir.), *Gedenkschrift Robert Walter, op. cit.*, p. 226.

49. R. Thienel, *op. cit.*, p. 184.

50. Cf. déjà H. Kelsen, « Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Delikt-fähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt » (1914), in M. Jestaedt (éd.), *Hans Kelsen Werke, Band 3, Veröffentlichte Schriften 1911-1917*, Mohr Siebeck, 2010, p. 511.

51. H. Mayer, « Die Interpretationstheorie », *loc. cit.*, p. 62.

52. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 339.

53. Cf. M. Troper, *La théorie du droit, op. cit.*, p. 72 s. : « Il n'y a en réalité dans les textes aucun sens à découvrir ». En effet, quel serait ce sens ? « Ce serait celui qui ressort des mots du texte ou du contexte systémique dans lequel il figure ou encore de la fonction sociale ou économique que doit remplir la norme ». Mais « ces différents sens ne peuvent être approchés qu'à travers l'emploi de certaines méthodes spécifiques à chacun d'eux, le sens littéral par l'interprétation littérale, le sens fonctionnel par l'interprétation fonctionnelle, etc. Or, ces diverses méthodes conduisent à des résultats différents entre lesquels on ne peut trancher qu'au moyen d'une décision ».

important article publié en 1918, entre le point de vue de l'organe juridique et le point de vue de l'observateur objectif⁵⁴. L'organe habilité est seul compétent à décider, seul le juge peut produire un jugement à partir de la loi. Pour connaître le droit dans le cas particulier, la science du droit n'a qu'une possibilité : « qu'elle demande au juge ! »⁵⁵. Mais le monopole de la décision ne s'accompagne pas d'un privilège de la connaissance⁵⁶ : la doctrine traditionnelle a tort de croire qu'elle peut identifier la solution particulière, mais il ne faut pas exagérer dans l'autre sens et considérer qu'elle est entièrement soumise aux décisions du juge. Celui-ci doit décider au sein d'une liberté de choix. Aucun organe d'application n'est complètement lié par la norme qu'il applique, mais aucun n'est non plus entièrement libre. La science du droit n'a donc aucune raison d'abdiquer, et d'entériner toutes les interprétations prononcées par les organes d'application. Sa tâche consiste au contraire à tracer les limites du cadre, de l'espace de décision de l'organe d'application⁵⁷.

II. Les avantages d'une analyse qui évite la radicalisation autodestructrice

En acceptant qu'un énoncé peut permettre plusieurs interprétations et non pas toutes, on ne perd rien et on gagne beaucoup. On ne perd rien car on ne s'interdit nullement d'examiner les décisions des organes d'application, et de constater que le droit positif peut prévoir leur validité en dépit de leur contrariété aux normes supérieures. La thèse médiane de l'interprétation n'empêche pas non plus d'étudier le raisonnement des juges, d'être conscient qu'ils peuvent fonder leurs décisions sur toute une série de considérations politiques, de chercher si on le souhaite à identifier les « contraintes » qui s'imposent à eux, etc. Ce type d'observations est possible dès lors que l'on conçoit le droit comme un système dynamique, dans lequel des normes de plus en plus concrètes sont créées par des organes qui exercent toujours un pouvoir de décision. L'erreur de la « théorie réaliste de l'interprétation » consiste à croire que ce type d'observations a besoin de la thèse sceptique de l'interprétation⁵⁸.

54. A. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *loc. cit.*, p. 235.

55. A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *loc. cit.*, p. 108 : « Will sie erkunden, was im einzelnen Rechtens sei, dann frage sie – beim Richter an ! ».

56. Cf. *ibid.*, p. 110 et 113.

57. A. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *loc. cit.*, p. 248.

58. Cf. par exemple M. Troper, *La théorie du droit*, *op. cit.*, p. 93 : « C'est parce qu'elle admet que l'interprétation est juridiquement libre que la théorie réaliste peut comprendre qu'elle est soumise à un déterminisme. Au contraire, une théorie qui admet que l'interprétation consiste à découvrir un sens déjà là dans le texte ne peut que rechercher ce que l'interprète doit faire et s'interdit d'expliquer ce qu'il fait réellement ».

Or, si elle ne perd rien au change, une science du droit qui fait l'impasse sur la thèse sceptique gagne beaucoup. D'abord, bien sûr, elle évite les incohérences de la thèse sceptique. Mais elle présente bien d'autres avantages, dont on peut donner deux exemples : elle permet une entreprise de *vérification* et une entreprise d'*exposition*.

Premièrement, débarrassé de la thèse sceptique, le juriste peut non seulement décrire la norme d'application, mais également examiner sa conformité aux normes applicables⁵⁹. L'observateur pourra étudier un jugement mais également vérifier s'il est conforme à la loi qu'il prétend appliquer. Il est ainsi permis de distinguer entre conformité et validité : une norme peut être valide, appartenir à l'ordre juridique, alors même qu'elle n'est pas parfaitement conforme aux normes qui régissent sa production⁶⁰. Une telle entreprise peut bien sûr servir un objectif politique : l'argument de l'illégalité peut sans doute enrichir la critique d'une décision de justice que le commentateur réproouve. Mais il n'en va pas forcément ainsi. L'observateur peut très bien approuver l'« application » erronée d'une loi inique, sans s'interdire de la percevoir comme telle : une application erronée⁶¹. L'abandon de la thèse sceptique permet tout simplement d'augmenter la connaissance⁶². Les usages que l'on fait de cette connaissance relèvent d'une autre question.

Deuxièmement, si l'on refuse l'idée qu'un énoncé normatif n'a « pas de signification » avant que son organe d'application ne l'ait interprété, il devient possible de décrire le droit qui n'a pas été appliqué, par exemple une loi qui vient d'être adoptée⁶³. Plus généralement, il est envisageable d'analyser les énoncés juridiques avant le dernier stade de concrétisation. Il est par exemple possible de rechercher le « cadre » posé par les lois, les différentes significations que revêtent les énoncés

59. Cf. A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *loc. cit.*, p. 109 ; A. Merkl, « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues » (1931), in A. J. Merkl, *Gesammelte Schriften, op. cit.*, p. 491 ; R. Lippold, « Gilt im Deutschen Recht ein Fehlerkalkül für Gesetze ? Eine Untersuchung des Problems des verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre », *Der Staat*, vol. 29, 1990, p. 186 ; O. Pfersmann, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », *RFDC*, n° 31, 1997, p. 493, note 34 ; R. Ponsard, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *AJJC*, n° 31, 2016, p. 70.

60. Cf. A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Franz Deuticke, 1923, p. 293 s. Cf. en français O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, Dalloz, 2012, pp. 498 ss.

61. Cf. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem », *loc. cit.*, p. 71.

62. Cf. R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme », *loc. cit.*, p. 438 : « Pour la théorie de l'interprétation, il n'est pas sans importance – au contraire il est très intéressant – de distinguer [...] le choix d'une signification (au sein d'une série possible de significations préexistantes) et la création d'une signification nouvelle ».

63. Cf. M. Troper, *La théorie du droit, op. cit.*, p. 12 : « La norme applicable n'existe pas encore et ne peut être décrite ».

législatifs. C'est donc un champ d'investigation beaucoup plus large qui s'ouvre au juriste.

III. Comment interpréter les énoncés juridiques ?

On conviendra que la démarche qui s'efforce d'interpréter des énoncés semble moins commode que celle qui se contente de constater l'interprétation retenue par un certain lecteur. Le confort qu'elle offre est sans doute une explication supplémentaire du succès de la thèse sceptique. La thèse médiane soulève-t-elle pour autant de si grandes difficultés ? « L'entreprise d'un déploiement exhaustif et objectif des interprétations possibles est [...] une tâche impossible » assure Patrick Wachsmann⁶⁴. L'objectif d'identifier toutes les significations alternatives est une illusion, ajoute Horst Dreier⁶⁵. Mais un tel scepticisme ne peut se contenter d'être affirmé : il aurait besoin d'être démontré, dès lors que l'usage quotidien du langage conduit à douter de la pertinence de cette thèse.

Notons en outre que les erreurs et les oublis de l'interprète ne peuvent être identifiés qu'à partir des mêmes options méthodologiques. Le fait qu'un organe compétent retienne une interprétation non mentionnée par le scientifique se permet pas de conclure à une erreur de ce dernier. Il est en effet possible que cette interprétation ne soit pas permise par le texte⁶⁶. Ainsi, on peut certainement reprocher à Kelsen de n'avoir pas vu telle ou telle interprétation possible dans son commentaire de la Charte des Nations-Unies⁶⁷. Mais on ne peut pas imputer à Kelsen un oubli *au seul motif* que le Conseil de sécurité a retenu ultérieurement une interprétation non mentionnée par lui⁶⁸. Il est en effet possible que la prétendue interprétation ne soit pas permise par le texte. Les résultats de l'interprétation peuvent être combattus sur le plan de l'interprétation, mais pas par des arguments d'autorité qui renvoient à une interprétation « authentique ».

Quoiqu'il en soit, le premier gain du renoncement à la thèse sceptique, l'entreprise de *vérification*, n'exige pas d'identifier toutes les significations possibles.

64. P. Wachsmann, « Le kelsénisme est-il en crise ? », *Droits*, n° 4, 1986, p. 63.

65. H. Dreier, *op. cit.*, p. 149, note 342.

66. Riccardo Guastini remarque que « Si tous les textes normatifs sont, en effet, interprétés de plusieurs façons, alors tous les textes normatifs sont susceptibles d'interprétation différentes » (R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme », *loc. cit.*, p. 431 ; R. Guastini, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2003, p. 113). Ce type de raisonnement est insuffisant : encore faut-il savoir si l'interprétation litigieuse était permise par l'énoncé ou si elle était erronée.

67. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, *op. cit.* Dans la préface de cet ouvrage (p. xiii-xvii), intitulée « On Interpretation », Kelsen rappelle ses thèses sur l'interprétation.

68. Cf. St. Paulson, « Kelsen on Legal Interpretation », *loc. cit.*, p. 146 s. ; St. Paulson, « Formalism », *loc. cit.*, p. 27 s. Paulson reprend la critique adressée par Oscar Schachter.

Il s'agit seulement d'examiner si l'interprétation invoquée par un organe juridique était permise par l'énoncé sur lequel il prétend se fonder. Il ne s'agit donc pas ici de rechercher toutes les interprétations permises, mais de vérifier si une interprétation particulière l'était⁶⁹.

Demeure l'entreprise d'*exposition*, qui est considérée avec plus de méfiance. Sa difficulté principale tient au caractère intermédiaire de la thèse de la pluralité de sens. Il est faux que les énoncés n'aient « aucun » sens ou permettent toutes les interprétations. On peut donc dire *quelque chose*. Mais il faut prendre garde à ne pas *trop* en dire : le danger est de retomber dans l'erreur dénoncée par Kelsen, qui consiste à vouloir déterminer scientifiquement la solution imposée par la loi pour chaque cas particulier. Le juriste peut tracer une ligne à n'importe quel degré de l'ordre juridique et s'efforcer d'identifier le droit en vigueur à ce stade, mais il lui faut s'abstenir de donner une présentation faussée de ce droit, en réduisant l'espace d'appréciation que les normes attribuent à leurs organes d'application.

Comment savoir où s'arrêter ? Kelsen, on l'a vu, ne répond pas. Heureusement, Merkl est là. Très tôt, cet auteur a attiré l'attention sur un point évident dont seul l'oubli conduit à inventer des difficultés insurmontables : pour interpréter un texte, il faut regarder le texte. « [A] vec la forme linguistique », expliquait Merkl, « un élément très vague entre sans doute dans le droit. Elle est la racine des multiplicités de significations (*Bedeutungsvielheiten*), mais elle n'est pas la cause d'une sorte d'absence de signification (*Bedeutungslosigkeit*) et ne justifie pas une résignation sceptique, un renoncement non exprimé à la connaissance scientifique »⁷⁰. Du point de vue de la philosophie du langage, cette thèse est indiscutable. Certes, selon son contexte d'énonciation, un énoncé peut transmettre n'importe quelle signification. Par exemple, l'affirmation « Le chien a l'air content » peut signifier « Le chien a peut-être mangé le rôti » si elle intervient dans le dialogue suivant :

- Où est passé le rôti ?
- Le chien a l'air content⁷¹.

Mais les énoncés juridiques interviennent justement dans un certain contexte. Comme le souligne Stanley Fish, *tout énoncé intervient dans un certain contexte*⁷². L'utilisation de certains mots dans un certain contexte peut permettre plusieurs interprétations, mais ne laisse pas une pleine liberté pour comprendre l'énoncé de n'importe quelle manière. Même les philosophes les plus opposés à l'idée d'un

69. Cf. L. Adamovich, *loc. cit.*, p. 133 : « La solution exacte n'existe pas, [...] mais il existe une multitude de solutions dont on peut établir l'inexactitude ». Souligné dans l'original.

70. A. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *loc. cit.*, p. 249.

71. St. Levinson, *Pragmatik*, trad. all. M. Wiese, Maw Niemeyer Verlag, 2000 (1983), p. 138.

72. St. Fish, « Y a-t-il un texte dans ce cours ? » (1980), in St. Fish, *op. cit.*, p. 36.

« sens littéral » ne contestent pas cette évidence⁷³. Les énoncés juridiques ne sont pas hors-sol, ils sont situés dans un contexte et, comme tous les énoncés dotés de sens, leurs significations sont accessibles à la connaissance.

On opposera peut-être à cela que l'intérêt pour le texte est une décision subjective du juriste, et qu'un tel choix s'oppose à toute démarche scientifique objective. C'est en réalité l'inverse qui est vrai : toute démarche scientifique présuppose certains choix. S'intéresser au droit est déjà une décision : « avant de pouvoir se demander *comment interpréter*, il faut clarifier *ce qui est à interpréter* »⁷⁴. Le choix de la méthode d'interprétation présuppose le choix de l'objet à interpréter. Comme l'écrit Stanley Fish, « De l'idée que l'interprète a de ce qu'est la Constitution dépendra son inclination à poser telle ou telle question, à considérer différentes sources d'informations comme sources de preuve, à retenir certaines informations comme étant [pertinentes] pour finalement en arriver à des idées diverses de ce que signifie "clairement" la Constitution »⁷⁵. Bref : si l'on souhaite interpréter le droit, il faut partir d'une précision de l'objet à interpréter, et demeurer conscient de l'aspect préalable, transcendant de cette décision⁷⁶.

Dans son article précurseur de 1916, du haut de ses vingt-six ans, Merkl développait ses réflexions sur l'interprétation en partant de la supposition que le droit est inscrit dans la loi⁷⁷. Merkl sera ensuite le principal artisan de la théorie de la structure hiérarchique du droit, qui intègre à l'analyse juridique les normes supra- et infra-législatives, telles que la Constitution et le jugement⁷⁸. Mais cet élargissement de l'objet d'étude n'enlève rien à la pertinence des réflexions précoces de Merkl sur l'interprétation. On peut partir de l'idée que le droit est exprimé par des énoncés produits par certains individus⁷⁹.

73. Cf. F. Recanati, *Le sens littéral, langage, contexte, contenu*, trad. fr. Cl. Pichevin, Éditions de l'éclat, 2007 (2004), p. 224 et 231.

74. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem », *loc. cit.*, p. 64 : « Ehe man sich fragen kann, *wie auszulegen* sei, muss man darüber im reinen sein, *was auszulegen* sei ». Souligné dans l'original. Cf. aussi K. Ringhofer, « Interpretation und Reine Rechtslehre », in A. Merkl et al. (dir.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Franz Deuticke, 1971, p. 206.

75. St. Fish, « Fish v. Fiss » (1984), in St. Fish, *Respecter le sens commun : rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, trad. fr. O. Nerhot, LGDJ, 1995, p. 80.

76. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem », *loc. cit.*, p. 65. Cf. aussi R. Thienel, *op. cit.*, p. 186 s. ; M. Jestaedt, « Wie das Recht, so die Auslegung », *loc. cit.*, p. 138.

77. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem », *loc. cit.*, p. 78.

78. Cf. notamment A. Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz » (1918), *loc. cit.*, p. 227 s. ; A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (1916-1919), *loc. cit.*, p. 98 s.

79. Ce point de départ mériterait sans doute de plus amples précisions et justifications, pour lesquelles la place manque ici. On notera que Michel Troper part lui aussi du « présupposé qu'une norme est la signification d'un acte humain, en général exprimée dans un texte ». Cette affirmation est cependant suivie de la confusion déjà mentionnée entre le fonctionnement du langage et les règles du droit positif : « [...] et que cette

Une fois choisi l'objet de l'interprétation, il convient de trouver la méthode d'interprétation qui lui est la plus adaptée⁸⁰. Si l'on prend pour objet un ensemble d'énoncés, une conclusion s'impose : l'interprétation juridique s'efforce d'identifier les normes à partir des énoncés juridiques. Dès lors que le droit est exprimé par la langue, l'interprétation se fonde sur la langue⁸¹. Bref, l'interprétation du droit est une interprétation que l'on peut qualifier de « linguistique » : elle consiste à rechercher la signification des énoncés normatifs. Une fois qu'on a choisi, de manière peu originale, de considérer que le droit est exprimé par des énoncés, il devient indispensable (et possible), pour connaître le droit, d'interpréter ces énoncés. Les mots ont, sauf précision explicite inverse, le même sens dans un texte juridique qu'ailleurs⁸².

Les résultats auxquels parviendra l'interprète seront peut-être multiples, mais ils ne seront pas infinis. Ils ne seront pas infinis parce qu'un énoncé, dans son contexte, ne permet jamais « toutes les significations ». Le langage ne fonctionne tout simplement pas ainsi. Ils ne seront pas infinis parce que les autres « méthodes d'interprétation » ne recherchent pas la signification des énoncés mais autre chose, et peuvent donc être exclues.

A. Exclusion de l'« interprétation téléologique »

Imaginons un arrêté municipal en vertu duquel « Les véhicules sont interdits dans le parc ». En l'absence d'une norme qui exempte les engins de secours des règles générales, la norme qui interdit les véhicules dans le parc s'applique évidemment aux ambulances. Il ne revient pas à la science du droit de « compléter » cette norme, c'est-à-dire de la décrire de manière erronée, en arguant que cette règle qui vise à assurer le calme au sein du parc doit « forcément » contenir une exception pour les situations d'urgence.

Si Chaïm Perelman prétend l'inverse, c'est parce qu'il ne distingue pas entre ce que le juge doit faire en vertu du droit, et ce qu'il devrait faire en vertu d'autres considérations :

« Supposons qu'un agent de police soit posté à l'entrée du parc pour faire observer le règlement communal. Devrait-il interdire l'entrée d'une ambulance venue chercher la victime d'un accident cardiaque, ou même celle d'un taxi appelé pour conduire à l'hôpital un enfant qui s'est cassé la jambe lors d'une chute malencontreuse ? »⁸³

signification est déterminée par une décision émanant d'une autorité capable de donner une interprétation authentique ». M. Troper, *La théorie du droit*, *op. cit.*, p. 12.

80. Cf. M. Jestaedt, « Wie das Recht, so die Auslegung », *loc. cit.*, p. 146.

81. A. Merkl, « Zum Interpretationsproblem », *loc. cit.*, p. 78.

82. *Ibid.*, p. 79.

83. Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, p. 54.

La question à laquelle Perelman répond négativement est mal posée. Bien sûr, l'agent ne *devrait* pas barrer la route à l'ambulance, bien que le règlement l'exige. Il est parfois indiqué, pour des raisons morales, politiques ou autres, de ne pas obéir au droit. Mais la décision de préserver la vie du cardiaque plutôt que la tranquillité du parc n'est pas liée à l'interprétation de l'énoncé⁸⁴. Herbert Hart, à qui l'on doit l'exemple du panneau « *No vehicle in the park* »⁸⁵, a tort d'écrire que la justification de la norme peut « montrer que les mots dans le contexte d'une règle juridique sont susceptibles d'avoir une signification différente de celle qu'ils ont dans d'autres contextes »⁸⁶. Puisque la vie du malade l'emporte sur la tranquillité des promeneurs, l'ambulance ne serait pas un véhicule « au sens du règlement ». Par un tel raisonnement, on présente comme une application de la norme ce qui, en réalité, en est une violation, certes bienvenue. Pour cette raison, on invente une « interprétation » qui n'en est pas une. On peut se disputer sur la signification exacte du mot véhicule, mais on ne peut pas raisonnablement en retenir une définition qui exclurait une ambulance. Bref : l'organe compétent peut choisir parmi les significations possibles celle qui conduit au résultat le plus juste. Il peut même, pour éviter une solution injuste, prendre une décision en dehors du cadre que lui laissait l'énoncé normatif. Mais l'interprétation au sens strict peut seulement montrer que l'application conforme de la norme conduirait à un jugement injuste.

B. Exclusion de l'« interprétation subjective »

L'interprétation dite « subjective » consiste à rechercher la volonté de l'auteur de la norme. Cette thèse a notamment un succès important auprès d'auteurs qui s'inscrivent dans la lignée de l'école de Vienne⁸⁷, au motif que Kelsen définit la norme comme la signification d'un acte de volonté. Pour trouver la norme, il faudrait donc chercher à identifier le contenu de la volonté de son auteur, en recourant aux travaux préparatoires et à tout autre élément⁸⁸.

Néanmoins, si les normes sont conçues comme la signification d'énoncés, la seule volonté qui importe est celle de rédiger, d'adopter, de publier les énoncés

84. Contra *ibid.*

85. H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals » (1958), in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 62 s.

86. H. L. A. Hart, « Introduction », in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 8. Cf. aussi H. L. A. Hart, « Problems of the Philosophy of Law » (1967), in H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 106.

87. R. Walter, « Das Auslegungsproblem », *loc. cit.*, p. 192 s. ; Cl. Jabloner, « Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung », in J. Hengstschläger et al. (dir.) *Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck*, Duncker & Humblot, 1994, p. 441-457 ; M. Jestaedt, « Wie das Recht, so die Auslegung », *loc. cit.*, p. 154 s.

88. Pour une critique de cette thèse, toujours sur le fondement de la théorie pure du droit, cf. J. Kammerhofer, *op. cit.*, p. 109 s.

pertinents. On recherche donc ce qu'a dit l'auteur, et non pas ce qu'il voulait dire. Cela n'implique pas de tuer le législateur comme on a voulu tuer l'auteur : on ne peut faire l'économie de l'hypothèse d'une intention d'auteur lorsqu'on interprète un texte⁸⁹. Mais la signification sera recherchée uniquement à partir du texte normatif, et non des travaux préparatoires ou des déclarations de ses auteurs.

Un exemple permet d'illustrer la pertinence de la seule interprétation linguistique, au détriment de l'interprétation subjective⁹⁰. Lors du débat parlementaire sur la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, le député Jacques Bompard déposa plusieurs amendements en vue de permettre le mariage entre plus de deux personnes⁹¹, entre mineurs⁹², ou entre membres de la même famille⁹³. Tous ces amendements étaient motivés de la manière suivante : « Le gouvernement justifie l'élargissement du mariage aux couples de même sexe par l'existence de couples homosexuels et par l'amour que peuvent se porter ces personnes. S'il poursuivait son raisonnement, le gouvernement devrait donc supprimer toute condition restrictive au mariage qui ne serait alors plus qu'une reconnaissance sociale de l'intérêt que se portent des personnes. Ainsi, pour supprimer toute forme de discrimination, il conviendrait de l'étendre à toutes les formes de famille, sans distinction de sexe, d'orientation sexuelle, d'origine, de nombre, d'âge ou de lien de parenté ».

Ce procédé n'est pas une première dans l'histoire parlementaire, et a pu être utilisé par l'autre bord politique. En février 2012, le sénat de l'État américain d'Oklahoma fut saisi d'une proposition de loi donnant à l'ovule fécondé les mêmes droits qu'à toute personne humaine. Percevant là une nouvelle criminalisation des femmes, qui pourraient se voir poursuivies pour homicide en cas d'avortement ou de fausse couche, la sénatrice démocrate Constance Johnson introduisit un amendement en vertu duquel « toute action par laquelle un homme éjacule ou dépose du sperme ailleurs que dans le vagin d'une femme doit être analysée comme un acte dirigé contre un enfant non né »⁹⁴.

Mme Johnson et M. Bompard s'efforcent donc de dissuader leurs assemblées en faisant mine de les encourager à poursuivre dans la même voie. Leurs amendements constituent des *épitropes*, cette figure que Pierre Fontanier définit

89. A. Compagnon, *op. cit.*, p. 108 s.

90. Bien qu'il parte du primat de l'interprétation subjective, Robert Walter parvient partiellement au même résultat. Il considère en effet que l'obligation de publication des actes juridiques conduit à la prévalence, décidée par le droit positif, de l'interprétation linguistique. En cas de conflit entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective, c'est donc la seconde qui l'emporte. R. Walter, « Das Auslegungsproblem », *loc. cit.*, p. 196.

91. Amendement n° 4661.

92. Amendement n° 4662.

93. Amendements n° 4667, 4668.

94. Cf. C. Johnson, « About my "spilled semen" amendment to Oklahoma Personhood bill », *The Guardian*, 9 février 2012, www.theguardian.com.

de la manière suivante : « L'Épître [...] dans la vue même de nous détourner d'un excès, ou de nous en inspirer soit l'horreur, soit le repentir, semble nous inviter à nous y livrer sans réserve, ou à y mettre le comble, et à ne plus garder de mesure »⁹⁵. L'auteur illustre cette figure par les vers qu'Agrippine adresse à Néron, après avoir découvert le meurtre commis sur les conseils de Narcisse :

Poursuis, Néron ; avec de tels ministres,
Par des faits glorieux tu vas te signaler ;
Poursuis, tu n'as pas fait ce pas pour reculer⁹⁶.

L'Épître démontre que l'« intention du législateur » n'est pas pertinente pour interpréter un énoncé législatif. Imaginons que les propositions de M. Bompard aient été adoptées par une majorité de l'assemblée animée du même état d'esprit. À supposer même que cette volonté soit parfaitement identifiable, il n'en demeurerait pas moins que le mariage entre trois frères serait autorisé. Tout ce que la recherche de la volonté de l'auteur pourrait démontrer, c'est que l'auteur de l'amendement ne voulait pas réellement d'une telle norme. Comme l'écrit Fontanier, l'épître est souvent accompagnée d'une correction (d'une *épanorthose*, dit-il en indiquant le mot savant), afin que son absurdité ne soit pas prise au pied de la lettre⁹⁷. Mais, en l'absence d'une telle rectification dans l'énoncé législatif, c'est bien sa signification sérieuse qui doit s'appliquer. Seuls importent les éléments présents dans le texte adopté, et non l'intention du législateur recherchée à partir des travaux préparatoires⁹⁸. Dès lors que le droit est constitué d'énoncés produits selon une certaine procédure, les normes juridiques sont celles qui ressortent de ces énoncés, et non des explications qui les accompagnent. Les énoncés normatifs sont des énoncés sérieux, en dépit des intentions de l'un ou l'autre membre du parlement. On ne légifère pas avec un clin d'œil. L'intention n'est pertinente qu'en ce qu'elle apparaît dans le texte : pour dire la même chose autrement, seul le texte importe.

C. Mise en œuvre de l'interprétation linguistique

Trop souvent, les écrits sur l'interprétation se contentent de raisonner dans l'abstrait sans mettre jamais en œuvre les thèses défendues. Essayons donc de mettre en pratique la thèse médiane et l'interprétation des énoncés qu'elle affirme possible. Il convient d'abord de rappeler que l'interprétation de l'énoncé ne conduira pas forcément à un unique résultat. L'énoncé, dans son contexte, permettra peut-être plusieurs significations. Mais nul besoin d'être Hercule pour

95. Pierre Fontanier, *Les figures du discours*, Paris, Flammarion, 1977 (1830), p. 148.

96. Racine, *Britannicus*, V, 6.

97. P. Fontanier, *op. cit.*, p. 149 s.

98. Lors du débat à l'Assemblée nationale, Jacques Bompard expliqua vouloir raisonner « par l'absurde ». 3^e séance du 1^{er} février 2012, en ligne sur www.assemblee-nationale.fr.

s'efforcer d'identifier les diverses significations possibles. Bien sûr, il est possible que l'observateur oublie l'une ou l'autre interprétation. Mais cela n'est guère dramatique : les erreurs appartiennent pleinement au progrès de la recherche. Il n'est guère productif de ne rien s'autoriser à dire pour être sûr de ne pas se tromper⁹⁹. Le juriste qui adopte la thèse médiane cassera peut-être quelques assiettes, mais au moins la vaisselle sera faite.

Prenons pour exemple le deuxième alinéa de l'article 6 de la Constitution française : « Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs ». Le mandat concerné est celui de président de la République, on peut l'affirmer avec certitude : cet énoncé figure dans un Titre II qui a pour nom « Le Président de la République », et est précédé d'un alinéa selon lequel « Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct ».

Il est donc interdit à un individu d'exercer consécutivement plus de deux mandats. Aucune « méthode d'interprétation » ne permet d'affirmer qu'un même président peut assurer trois mandats d'affilée. Une question qui peut se poser est de savoir s'il est permis d'exercer plus de deux mandats à condition qu'ils ne soient pas consécutifs. L'énoncé étudié ne permet pas de trancher, mais rend plus vraisemblable une réponse affirmative : la précision selon laquelle l'interdiction porte sur les mandats consécutifs implique qu'elle ne concerne pas les mandats non consécutifs (*expressio unius est exclusio alterius*)¹⁰⁰. Néanmoins, les normes peuvent découler de plusieurs énoncés, aussi faut-il se garder de répondre trop vite. L'article 56 fait des anciens présidents des membres à vie du Conseil constitutionnel. L'article 57 prévoit certaines incompatibilités pour tous les membres du Conseil constitutionnel, et permet au législateur organique d'en fixer d'autres. Une loi organique déclare l'incompatibilité de l'appartenance au Conseil avec tout mandat électoral. On ne peut donc être président de la République et membre du Conseil constitutionnel. La question qui se pose est donc de savoir s'il est possible à un ancien président de démissionner du Conseil pour redevenir président. L'interprétation établie considère que l'appartenance « à vie » s'oppose à la démission. Mais on peut également considérer que cette précision signifie simplement que les anciens présidents peuvent rester membres du Conseil aussi longtemps qu'ils le souhaitent.

L'interprétation linguistique permet donc de parvenir à des résultats qui ne sont pas toujours univoques, mais qui ne sont pas non plus complètement débridés :

– Celui qui vient d'exercer deux mandats de président ne peut pas en effectuer un troisième dans la foulée.

– Celui qui a été président et ne l'est plus peut le redevenir, mais uniquement si l'on considère qu'il lui est permis de démissionner du Conseil.

99. Cf. E. Wiederin, « Münchhausen in der Praxis des Staatsrechts », in Cl. Jabloner et al. (dir.), *Gedenkschrift Robert Walter, op. cit.*, p. 888 : « Ce qui ne peut pas être faux ne peut pas non plus être vrai ».

100. Cf. A. Scalia et B. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, West, 2012, p. 107.

– Si l'on considère que la démission est impossible, un ancien président ne peut retourner à l'Élysée. La précision relative aux mandats « consécutifs » dans l'article 6 est une répétition inutile, dès lors que des mandats non consécutifs sont de toutes façons interdits.

Peut-être y a-t-il un certain nombre (fini) d'autres interprétations possibles des dispositions pertinentes. Sans doute y a-t-il même un certain nombre (fini) d'autres dispositions pertinentes. Mais on ne peut écarter le raisonnement présenté ici au motif qu'il offrirait une « sélection », une évaluation subjective et non-scientifique¹⁰¹. La découverte d'une interprétation supplémentaire n'invalidera pas la mienne au motif que j'aurais échoué à établir « toutes les significations possibles »¹⁰². La découverte d'une interprétation supplémentaire permise par les textes ne fera qu'enrichir la connaissance du droit.

Rien n'interdit d'en dire davantage, de s'efforcer de démontrer laquelle des solutions permises semble la meilleure pour telle ou telle raison. Il faut alors simplement maintenir deux précautions. Il convient d'abord de demeurer conscient qu'une telle enquête ne relève plus de l'interprétation, mais de l'argumentation. L'interprétation gagne à être complétée par l'argumentation, mais à condition de ne pas oublier le changement de registre. Il s'agit ensuite de maintenir cette entreprise à un second stade, afin de pouvoir préciser si la solution préconisée s'inscrit ou non au sein du cadre juridique.

Ainsi, on peut par exemple rechercher quelle pouvait être l'intention des auteurs de la Constitution quant à un nouveau mandat non-consécutif de président de la République. Peut-être conclura-t-on qu'une telle possibilité ne semble pas leur avoir traversé l'esprit. Peut-être établira-t-on au contraire que le problème a été évoqué et tranché en un certain sens. Mais même à supposer établie une telle « volonté », elle ne pourra constituer qu'un argument en faveur d'une des solutions que permet l'interprétation. Le recours à l'« intention de l'auteur » permet de rendre plus convaincant le choix d'une signification. Il ne la rend pas vraie au détriment des autres significations permises par le texte.

Ce constat, la théorie de la littérature l'a déjà établi¹⁰³. Dès lors que la théorie de la littérature s'intéresse davantage, et depuis plus longtemps, à la question de l'interprétation, il ne fait guère de doute qu'elle peut constituer une précieuse source d'inspiration pour la théorie du droit. Hélas, les juristes qui s'intéressent

101. Cf. H. Dreier, *op. cit.*, p. 149, note 342.

102. Cf., se contentant de *plusieurs* interprétations possibles, A. Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », *loc. cit.*, p. 118 (énumération non exhaustive des concrétisations possibles) ; St. Paulson, « Kelsen on Legal Interpretation », *loc. cit.*, p. 146 ; St. Paulson, « Formalism », *loc. cit.*, p. 25 ; R. Ponsard, *loc. cit.*, p. 83.

103. Cf. S. Rabau, « Introduction : pour (ou contre) une lecture contrauctoriale ? », in S. Rabau (dir.), *Lire contre l'auteur*, Presses Universitaires de Vincennes, 2012, par exemple p. 15 : « Le lecteur contrauctorial refuse à la preuve par l'auteur un caractère incontestable, pour le ramener à un statut d'argument qui rend l'interprétation persuasive, sans pour autant la rendre vraie ».

à la littérature sont plus souvent attirés par les « interprétations » au sens très large écarté au début de ce chapitre. Ce sont surtout les extrapolations morales à partir d'une œuvre qui retiennent l'attention du mouvement « droit et littérature ». Mais de nombreux enseignements peuvent sans doute être puisés dans la théorie littéraire de l'interprétation au sens strict. Pour pouvoir en profiter, il faut commencer par refuser de se soumettre à l'« interprétation authentique » du lecteur habilité. La thèse sceptique est un frein au progrès de la théorie de l'interprétation en droit, et ce n'est pas le moindre de ses défauts.

