

L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen

par

Paul AMSELEK

Professeur Emérite à l'Université Panthéon – Assas (Paris II)

I Prolégomènes

1 / Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*¹, sur un total de près de cinq cents pages, onze seulement sont consacrées à l'interprétation dans un titre VIII et dernier, sorte d'appendice final qui s'intègre, à vrai dire, assez mal au plan général de l'ouvrage et aux sept titres précédents nettement plus étoffés ; et ce thème ne sera, d'ailleurs, même pas repris dans aucun des soixante et un chapitres composant l'ouvrage posthume *Théorie générale des normes*². Cet aperçu « quantitatif » laisse déjà à penser que Kelsen est resté très à l'écart du « tournant interprétatif » de la pensée philosophique et juridique et qu'il n'a accordé qu'une attention rapide et très superficielle à l'interprétation, - comme si elle n'avait qu'une importance tout à fait secondaire dans la pratique du droit. Pour lui, l'interprétation n'est pas une démarche fondamentale et obligatoire pour passer des dires des autorités juridiques au sens qu'ils véhiculent, c'est-à-dire aux règles juridiques elles-mêmes ; il n'y a lieu à interprétation, à ses yeux, que parce que plusieurs sens sont susceptibles d'être prêtés aux énoncés de normes : « la nécessité d'une interprétation résulte précisément de ce que la

¹ Trad. française Charles Eisenmann, Dalloz, 1962 : c'est cette édition qui sera citée au texte.

² Trad. française Olivier Beaud et Fabrice Malkani, P.U.F., 1996.

norme à appliquer, ou le système de normes, laissent ouvertes plusieurs possibilités » (p.459). L'interprétation serait ainsi, non pas une opération de déchiffrement du sens des dires juridiques, mais une simple opération de choix entre plusieurs sens se donnant à l'interprète dès avant toute interprétation !

De fait, Kelsen n'a guère approfondi la notion d'interprétation, les démarches effectuées par l'interprète et les problèmes qui se posent à lui ; il n'a consacré non plus aucun développement à la réglementation par le droit de sa propre interprétation (et pas seulement de sa création). De surcroît, les vues qu'il expose dans le titre VIII sont peu en harmonie avec les analyses exposées en amont de l'ouvrage.

2 / Il n'est pas inutile de souligner le syncrétisme même dont Kelsen fait preuve dans le maniement des concepts d'*interprétation* et de *sens* ou *signification*.

C'est ainsi qu'au début de l'ouvrage (p.3s.), il présente les normes juridiques comme des « schémas d'interprétation » qui permettraient de donner un sens ou signification, non pas à des textes, mais à des actes humains : il confond par là « sens » et « qualité », « interprétation » et « qualification ». « Ce qui imprime, écrit-il, à des actes le caractère d'actes de droit - ou d'actes contre le droit -, ce n'est pas ce qu'ils sont effectivement dans leur matérialité, ce n'est pas leur réalité naturelle, c'est-à-dire déterminée causalement et incluse dans le système de la nature ; c'est seulement le sens objectif qui y est associé, c'est la signification qui est la leur. Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les faits en question les reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles. Ces normes remplissent la fonction de schémas d'interprétation ». Et Kelsen illustre son propos par quelques exemples : « Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas, - voilà le processus extérieur. Juridiquement il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé ... Autres exemples : un homme, revêtu d'une robe et assis sur un siège surélevé, prononce certaines paroles à l'adresse d'un homme placé devant lui. Selon le droit, ce processus extérieur signifie qu'il vient d'être rendu un jugement. Ou encore : un commerçant écrit à un autre commerçant une lettre d'un certain contenu, l'autre lui répond par une autre lettre : ils ont conclu un contrat. Ou enfin : un homme provoque, par telle ou telle action, la mort d'un autre homme ; traduction juridique : il a commis un meurtre ». Kelsen assimile ainsi à des opérations d'interprétation des opérations de qualification effectuées sur la base des normes juridiques et des concepts qu'elles articulent (dans le même ordre d'idées, il parle d' « auto-interprétation » à propos d'actes juridiques comportant leur propre qualification : « Testament », « Donation », etc.).

La pensée de Kelsen est d'autant plus confuse qu'après avoir ainsi indiqué qu'une norme donne un sens à des actes humains, il observe (p.10s. et

60s.) qu'elle est elle-même un sens, qu'elle est la signification d'un acte de volonté : une norme serait la « signification » qu'une autre norme donnerait à un acte de volonté ! Tout cela est bien obscur et déconcertant. Que veut-il dire en réalité ? Pour lui, une norme est nécessairement une norme valable (c'est-à-dire édictée en vertu d'une autre et en conformité avec elle) et par là-même obligatoire (*gilt* et *verbindlich* seraient indissociables : cf. p.255), autrement elle serait inexistante ; car une norme qu'on n'est pas tenu de suivre n'est pas vraiment une norme ; la validité est « le mode d'existence spécifique des normes ». Une norme renvoie ainsi toujours à une autre qui sert de fondement à son édictation et à son caractère obligatoire³ : le *Sollen* s'alimente au *Sollen*, en découle ; le monde des normes est un monde clos sur lui-même. A partir de cette prémisse, Kelsen considère qu'un acte de volonté – entendons : un acte de commandement – n'a ainsi la signification d'une édictation de norme (valable et obligatoire) qu'en vertu d'une autre norme. Peu importe la signification subjective que lui donne son auteur, qu'il veuille subjectivement que son commandement soit obéi par ceux à qui il s'adresse : cet acte n'a la signification d'une édictation de norme valable, valable objectivement aux yeux de tous, « aux yeux des tiers désintéressés », et donc à laquelle les adressataires sont tenus d'obéir, qu'en vertu d'une autre norme elle-même valable, objectivement valable. C'est ce qui différencie l'ordre d'un voleur de grand chemin de celui d'un policier dans l'exercice de ses fonctions : on n'est pas tenu de se plier au premier parce qu'il n'y a pas de norme objectivement valable habilitant le voleur à donner cet ordre, et par conséquent cet acte de commandement n'a pas la signification objective d'une édictation de norme.

Sans entrer dans le détail des incohérences et du caractère purement stipulatif de cette analyse, on voit que Kelsen confond acte d'édictation de norme et norme : la norme n'est pas, à proprement parler, la « signification » de l'acte de commandement, mais le produit de cet acte ; simplement Kelsen veut dire – affirmation gratuite – que l'acte n'a la nature ou qualité d'un authentique acte d'édictation de norme que s'il est accompli régulièrement, en vertu d'une autre norme. On voit surtout que ce manque de rigueur atteste d'une réflexion peu élaborée en matière de « sens » et d' « interprétation », conduisant à la limite à un discours totalement abscons : « l'acte de volonté dont la norme est la signification, doit être distingué de l'acte de langage dans lequel s'exprime la signification de l'acte de volonté. Ce qui est parlé, ce sont des mots, c'est une proposition, un impératif ou une proposition normative. La norme, qui est la signification d'un acte de volonté, est le sens d'une proposition qui est elle-même le produit d'un acte de langage, par lequel est exprimée la signification de l'acte de volonté » (*Théorie générale des normes*, p.217).

³ C'est pour stopper la *regressio in infinitum* ainsi impliquée que Kelsen a été conduit à l'extravagante idée de la « norme fondamentale supposée ».

II Les idées développées par Kelsen en matière d'interprétation

Il convient, tout d'abord, en éclairage général, de rappeler que la plus grande partie de la *Théorie pure du droit* est consacrée à montrer que la dogmatique juridique est – et doit être – une « science », une science positive à l'égal des sciences de la nature, œuvrant comme elles avec une parfaite objectivité sur les réalités qu'elle étudie. Ses activités seraient des activités uniquement cognitives consistant à « décrire » le droit positif, les normes juridiques mises en vigueur par les autorités régulièrement instituées : d'où la distinction tranchée faite entre les normes juridiques (*Rechtsnormen*) et les propositions de droit (*Rechtssätze*) par lesquelles la science du droit décrit son objet et qui sont présentées comme l'équivalent des « lois » des sciences de la nature ; ces propositions descriptives peuvent être vraies ou fausses, à la différence des normes juridiques elles-mêmes.

Abordant le thème de l'interprétation, Kelsen commence par indiquer que dans toute norme juridique il y a une certaine indétermination : une indétermination nécessaire et irréductible, par le fait même que tout ne peut pas être prévu par le législateur, à quoi il faut ajouter, le cas échéant, d'une part, une indétermination voulue, intentionnelle, dans le but de laisser un plus ou moins grand espace de pouvoir normateur aux autorités d'application, et, d'autre part, une indétermination accidentelle induite par l'ambiguïté du langage, par les discordances apparentes entre les intentions du législateur et leur expression linguistique ou encore par les éventuelles contradictions entre les différentes normes édictées. Ce qui amène le maître autrichien à considérer que la réglementation juridique n'est, en définitive, qu'un simple « cadre » se prêtant à diverses possibilités de sens.

A partir de là, il trace une grande distinction entre l'interprétation authentique – en quelque sorte officielle, appelée à faire autorité – effectuée par les organes d'application du droit (c'est-à-dire les organes habilités à édicter des normes juridiques sur la base de normes juridiques supérieures qu'ils sont chargés de mettre en œuvre) et l'interprétation non authentique opérée par ceux qui ont simplement à « obéir » aux normes juridiques, ainsi que par la science du droit qui étudie les normes juridiques.

1 / Kelsen est extrêmement laconique à propos de l'interprétation effectuée par les sujets de droit à qui il revient de conformer leurs comportements aux prescriptions juridiques : il indique simplement que cette interprétation pourra être ultérieurement désavouée et invalidée par les organes d'application, spécialement les tribunaux ; les intéressés se trouveront ainsi placés après coup dans une situation d'irrégularité les rendant passibles de sanctions. C'est cette fragilité donc qui caractériserait ce type d'interprétation.

2 / En ce qui concerne l'interprétation faite par la « science du droit », elle entre pour Kelsen dans le champ général des activités de pure description auxquelles il ramène toute science : il s'agit, en l'occurrence, de décrire le cadre, l'éventail de possibilités ou alternatives de sens auquel correspond toute réglementation juridique. Le théoricien du droit n'est pas autorisé à aller plus loin : sur ce point, Kelsen s'élève contre les idées et démarches courantes de la dogmatique juridique qui prétend pouvoir faire un choix entre les différentes possibilités en présence et déterminer le sens véritable à donner, en s'appuyant sur des méthodes herméneutiques appropriées. Pour Kelsen, qui se situe ici aux antipodes d'un Dworkin, ce prétendu sens « exact » n'est qu'une fiction, aucune méthode d'interprétation ne saurait être décisive d'un point de vue strictement scientifique.

C'est que, pour lui, le choix entre les différentes solutions possibles correspond à une démarche de la volonté et non de la connaissance ; il ne s'agit pas d'un acte de science du droit, mais d'un acte de politique juridique, de création de droit. Seuls les organes d'application du droit, habilités à édicter des normes juridiques, peuvent y procéder. De sorte que, chez eux, il y a dans une première étape une activité de connaissance consistant à fixer le cadre ou horizon de sens de la norme, à inventorier les différentes possibilités d'interprétation qu'elle offre ; mais dans une seconde étape, survient un acte de volonté, de choix, de création de droit, - l'organe d'application pourra même opter pour un sens n'entrant pas dans le cadre de la norme interprétée : « Dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ... L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours un caractère authentique : elle crée du droit ... Il faut observer que 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 – à base de connaissance – 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 » (p.460-461). Au contraire, ni la science du droit ni les sujets de droit ne peuvent créer des normes juridiques.

On peut formuler une remarque au passage : c'est parce que l'interprétation authentique par les organes d'application est toujours, nécessairement, création de droit que Kelsen, tout en prônant un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois pour faire prévaloir la supériorité de la Constitution sur elles⁴, préconisait en même temps de réduire la marge de manœuvre du juge constitutionnel et de lui interdire de contrôler la constitutionnalité des lois par rapport aux Déclarations de droits ou aux

⁴ Comme on le sait, le projet de Constitution fédérale qu'il établit pour l'Autriche et qui fut adopté en 1920 contenait un système très moderne de contrôle de constitutionnalité, qui a ensuite durablement servi de modèle.

Préambules, trop vagues et imprécis ; il préconisait aussi, d'ailleurs, l'élection des juges constitutionnels par le Parlement en vue de donner un minimum de légitimité à leur irréductible pouvoir créateur en matière de droit constitutionnel (« La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public*, 1928, p.197s.).

III Observations critiques

Ces vues données par la *Théorie pure* sur l'interprétation appelleraient de multiples observations ; on peut schématiquement regrouper les principales d'entre elles autour de trois axes.

1. *L'idée de norme juridique simple « cadre », offrant différentes possibilités à l'interprète, n'est guère en harmonie avec d'autres analyses de l'ouvrage.*

- Elle n'est guère en harmonie avec ce qui est exposé à propos des lacunes juridiques. Pour le chef de l'Ecole normativiste, en effet, il n'y a pas – il ne peut pas y avoir – de lacunes dans le droit, la réglementation juridique est complète par elle-même, quel que soit l'état dans lequel elle se trouve : elle doit être appliquée telle quelle ; notamment, tout ce qu'elle n'interdit pas est permis. Si on prétend qu'elle comporte des lacunes, c'est tout simplement qu'on voudrait la corriger, introduire des nuances, des adjonctions ou des restrictions qu'elle ne comporte pas. Kelsen cite ainsi le cas d'une loi disposant qu'un collège ne peut se réunir et fonctionner que sur convocation de son président, sans rien prévoir dans l'hypothèse où il n'y aurait pas ou plus de président ; on ne pourrait pour autant parler de lacune : « Si l'on ne peut pas établir que cette norme signifie qu'au cas où il n'existe pas de président, tout mode quelconque de réunion est légal, s'il faut admettre qu'on exige dans ce cas aussi que le collège soit convoqué par son président, alors ce collège ne peut pas fonctionner de manière légale, c'est-à-dire en application de la loi. Mais là non plus, il ne s'agit pas d'une 'lacune' ; car il faut bien admettre que la loi veut réellement que le collège soit toujours convoqué par son président, - même lorsqu'il n'a pas de président ... Sans doute la règle que la loi pose ainsi est-elle absurde ; mais c'est là une éventualité qu'on ne saurait considérer comme exclue, - les lois étant œuvre humaine » (p.334). Ce n'est pas le même discours qui est tenu dans les développements sur l'interprétation et sur l'indétermination ou manque de précision de toute norme ouvrant, dans la même mesure, un panel de choix possibles aux acteurs juridiques, - que cette indétermination soit intentionnelle ou accidentelle, c'est-à-dire précisément due à une déficience involontaire, à un état lacunaire de la règle énoncée. Il y a manifestement, sur ce point, une certaine cacophonie dans la pensée kelsénienne.

- L'idée de la norme-cadre n'est pas en harmonie non plus, et surtout, avec les développements relatifs à la « science du droit ». Loin de pouvoir

prétendre être à l'image des sciences de la nature, la science du droit ne décrirait pas, en définitive, des réalités. Contrairement à ce qui est posé dès la première page de l'ouvrage, elle ne dirait pas « comment est » le droit, le droit réel, positif ; elle dirait seulement *comment il peut être* : elle ne pourrait décrire que des virtualités de droit, des droits possibles. On a pu écrire en ce sens que « la science juridique qui a selon Kelsen pour objet des normes juridiques ... n'a d'objet que dans le monde de l'imaginaire » (Laurent Habib, « L'impur objet de la science du droit », *Droits*, 1990-11, p.103). La tâche du juriste-savant serait uniquement de rechercher et d'exposer toutes les formes imaginables de droit à partir des cadres dessinés par les normes édictées, - non seulement d'ailleurs celles susceptibles de rentrer dans ces cadres, mais aussi celles pouvant s'en écarter, puisque les organes d'application ne sont pas limités par ce bornage ...

On doit relever à ce propos une ambiguïté dans la pensée de Kelsen. Quand il indique d'une manière générale, à propos de la « science du droit », qu'elle décrit – et doit seulement décrire – la réglementation juridique positive, il a en vue les énoncés de règles juridiques posées : les « propositions de droit » de la « science du droit » auraient pour objet de relater ce qui a été édicté par des autorités juridiques, les paroles écrites ou prononcées par elles. Ces propositions de droit reviendraient donc à reproduire, éventuellement en les paraphrasant, les énoncés de normes juridiques. Ce rôle de perroquet imparti à la « science du droit » n'est guère très valorisant pour elle et paraît, à vrai dire, dénué d'intérêt, ainsi que Kelsen lui-même a été obligé de le reconnaître, se contentant d'évacuer la difficulté par une simple pirouette : « On objectera peut-être qu'il est tout à fait superflu d'ajouter aux normes juridiques posées par l'autorité juridique et décrites par cette science du droit des propositions de droit formulées par la science du droit. Il faut bien accorder que cette objection n'est pas si évidemment mal fondée que l'objection selon laquelle serait superflue la juxtaposition à la nature d'une science de la nature. Car, à la différence du droit, la nature ne se manifeste pas dans des mots parlés et écrits. En ce qui concerne le droit, il n'est qu'une réponse possible à l'objection, à savoir qu'elle aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code pénal d'un exposé scientifique du droit pénal – c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même » (p.101). Lorsqu'il aborde l'interprétation et qu'il parle à nouveau de « description » par la « science du droit », Kelsen a en vue les sens possibles des énoncés de normes. De sorte que la « science du droit », ou bien se bornerait à répéter les paroles du législateur, les textes juridiques, ou bien exposerait les différentes alternatives de sens offertes par ces textes. Dans le premier cas, on peut admettre que les « propositions » qu'elle formule sont apophantiques, susceptibles d'être dites vraies ou fausses : il est en principe possible de vérifier objectivement si les paroles reproduites sont bien celles qui ont été écrites ou prononcées par le législateur. Dans le second cas, pour les « propositions » interprétatives, il en va différemment : avec les interprétations – de par la nature même de ces opérations

– on est dans le domaine des opinions, sujettes à controverses, qu'on peut justifier par une argumentation plus ou moins convaincante, mais non prouver par une démonstration contraignante et indiscutable, donneuse de certitude. Les énoncés sur les énoncés peuvent être taxés de vérité ou de fausseté, pas les énoncés sur les sens des énoncés. Kelsen lui-même souligne qu'il n'est pas possible de soutenir qu'un sens soit le vrai sens d'une norme, le « sens exact » ; mais peut-on prétendre avec lui que la « science du droit » est en mesure de dire : « voilà le vrai éventail de sens de tel texte juridique » ? Qu'est-ce qui permet de clôturer cet éventail ? A supposer que la « science du droit » soit limitée, à la différence des organes d'application, par le « cadre » dessiné par l'énoncé de la norme (ce qui, de toute façon, relativiserait singulièrement la portée pratique de ses analyses), qu'est-ce qui permet de donner un caractère objectif et rigide aux contours de ce cadre, d'affirmer que certains sens sont « à l'intérieur » et d'autres « à l'extérieur » ?

2. Les distinguos que fait Kelsen selon que l'interprétation est effectuée par les organes d'application, par les sujets de droit ou par la « science du droit » sont contestables à bien des égards.

- D'abord, en quoi l'interprétation, pour ainsi dire, « vulgaire » des particuliers qui « obéissent » mais n' « appliquent » pas, est-elle fondamentalement différente de celle des organes d'application ? Leur interprétation peut aussi être qualifiée d'acte à la fois de connaissance et de volonté dans la mesure où ils sont bien obligés de choisir un sens pour obéir. Encore une fois, Kelsen est particulièrement laconique sur ce sujet : il se contente d'affirmer que les choix opérés par le particulier parmi les sens possibles des normes juridiques « ne sont pas authentiques. Ils ne sont pas obligatoires pour les organes d'application de ces normes juridiques et risquent, par suite, toujours d'être considérés par eux comme erronés, avec cette conséquence que la conduite de l'individu qui repose sur un tel choix sera jugée un délit » (p.462). C'est là méconnaître que les autorités publiques d'application se trouvent dans une situation comparable : lorsqu'une autorité administrative ou juridictionnelle, par exemple, « applique le droit », c'est-à-dire émet une norme juridique sur la base d'une autre norme juridique, l'interprétation qu'elle fait de cette dernière à cette occasion est susceptible d'être remise en question par une autre autorité publique supérieure (législative, administrative ou juridictionnelle) ou par elle-même (dans le cadre d'une procédure de révision ou rétractation) ; la décision prise sur le fondement de cette interprétation se trouvera après coup entachée d'irrégularité et passible d'annulation. Sans doute y a-t-il des hypothèses dans lesquelles l'interprétation qui a servi de support à la décision de l'autorité publique acquiert avec cette décision elle-même un caractère incontestable et définitif (du moins par rapport à cette décision, sinon pour l'avenir). Mais les mêmes hypothèses existent du côté des particuliers pour les choix d'interprétation qu'ils sont appelés à faire : ces choix deviennent

incontestables et définitifs en cas d'inexistence de procédures de recours et de sanction contre leurs actes, ou bien en cas de prescription ou forclusion des délais impartis pour la mise en œuvre de ces procédures.

Si l'on veut aller davantage au fond des choses, cette distinction même que fait Kelsen entre « application du droit » et « obéissance au droit » apparaît fort discutable. On doit préciser, en effet, que par « application du droit » Kelsen entend, non seulement les actes d'édiction de normes juridiques sur la base d'autres normes juridiques, mais également les actes matériels de réalisation d'une contrainte prévus à titre de sanctions par la réglementation juridique : « l'application du droit est ainsi ou la création d'une norme inférieure sur la base d'une norme supérieure, ou la réalisation d'un acte de contrainte statué dans une norme » (p.316). Or, dans ce dernier cas, on ne voit pas où est la différence entre « application » et « obéissance » : l'autorité publique ici obéit purement et simplement à la réglementation juridique qui lui prescrit d'effectuer, selon certaines modalités, l'acte de contrainte en question. Mais elle obéit aussi, en réalité, au droit dans les cas d' « application » eux-mêmes, dans les cas d'édiction de normes juridiques juridiquement réglementées, effectuées en vertu d'autres normes juridiques : on se trouve pareillement en présence d'actes d'observance du droit, comparables aux autres sortes d'actes juridiquement réglementés accomplis dans l'espace et dans le temps. Et du reste, dans les développements consacrés à la « dynamique du droit » (p.255s.), lorsqu'il indique que le droit règle sa propre création, Kelsen reconnaît formellement que les organes d'application ont à se conformer - donc à « obéir » - aux normes juridiques qui les habilitent, qu'il s'agisse des règles fixant la procédure d'édiction à suivre ou des règles relatives au fond des normes à édicter.

A l'inverse, le particulier est soumis au droit, non seulement pour ses actes privés non normateurs, mais également pour ses actes privés normateurs (actes de droit privé contractuels ou unilatéraux comme, par exemple, les testaments ou les règlements intérieurs d'entreprises) : s'agissant d'actes d'édiction de normes que le droit habilite les particuliers à accomplir dans leurs relations entre eux, la situation de ces derniers s'apparente tout à fait à celle des organes publics. En l'occurrence, cette similarité est d'autant plus éclatante que, pour Kelsen, ces actes normateurs ne sont pas des commandements privés simplement réglementés par le droit à l'instar des autres actes – des actes matériels – des particuliers qu'il régit ; ils ont eux-mêmes la nature d'actes d'édiction de normes *juridiques*. C'est en ce sens que, dans les passages (au demeurant, fort contestables) de la *Théorie pure* où il critique la distinction du droit public et du droit privé et identifie l'Etat et le droit, Kelsen reconnaît aux particuliers la qualité d'organes étatiques d'application du droit : « la théorie pure du droit enseigne que l'acte juridique des particuliers est, tout comme l'ordre autoritaire, un acte de l'Etat, c'est-à-dire un fait créateur de droit, attribuable à l'unicité de l'ordre juridique » (p.373) ; « la confection d'actes juridiques par des 'personnes privées' est, elle aussi, une fonction juridique au

sens étroit, réglementée par l'ordre juridique – tout comme le sont la législation et la juridiction» (p.390). Doit-on considérer, dans ces conditions, que l'interprétation des particuliers - à l'instar de celle des organes publics d'application - est « authentique » et bénéficie d'une certaine autorité lorsqu'elle sert de fondement à leurs actes juridiques, mais qu'elle n'a plus la même nature ni la même force lorsqu'elle sert de fondement à leurs actes matériels ? L'introduction d'une telle différence paraît bien difficile à admettre.

- En second lieu, pour ce qui concerne non plus les particuliers mais la « science du droit », c'est-à-dire plus exactement la dogmatique juridique (qui n'a rien d'une science proprement dite – je laisserai ici de côté la conception même de la science ramenée à une simple activité d'observation et de description), on doit relever le caractère irréaliste des idées de Kelsen : dans ses démarches courantes, en effet, la dogmatique ne se contente pas d'évoquer les différents sens possibles de la réglementation juridique ; le plus souvent, elle prend parti pour le sens qui lui semble le plus approprié, même lorsqu'elle est amenée à formuler des réserves dans les cas où l'interprétation des textes lui paraît soulever des difficultés (de la même façon que le juriconsulte ne se borne pas à communiquer des spectres de possibilités juridiques à ses clients) : c'est ce qui lui est demandé en pratique, dans le rôle social qui est le sien d'accompagnement et d'éclairage de l'expérience juridique.

Mais surtout, à propos de l'opposition que fait Kelsen entre l'interprétation authentique des organes d'application du droit et l'interprétation purement cognitive de la « science du droit », on peut se poser la question suivante : est-il possible d'appeler « interprétation » deux activités décrites comme de nature aussi différente, l'une fonction de la volonté et créative de droit, l'autre fonction de la connaissance, - la première incluant d'ailleurs la seconde (détermination du cadre de possibilités de la norme), mais allant fondamentalement bien au-delà ?

En réalité, Kelsen paraît commettre une confusion en présentant l'interprétation authentique comme créatrice de normes. L'organe d'application, par exemple le tribunal, édicte bien par hypothèse même – c'est l'objet du dispositif du jugement – une norme juridique particulière sur la base de normes juridiques plus générales posées par d'autres autorités juridiques et qu'il a à appliquer ; cette norme particulière est élaborée à partir de l'interprétation que le tribunal fait de ces normes générales. Mais ce n'est pas cette interprétation des normes générales qui est créatrice, qui crée la norme particulière : c'est le tribunal qui crée cette norme en l'édicte ; il la crée en s'appuyant sur une certaine interprétation de la norme générale. L'édiction d'une norme d'application ne doit pas être confondue avec un acte d'interprétation. Et l'interprétation elle-même donnée aux normes générales à appliquer n'a, par ailleurs, aucunement le caractère d'une édicte de norme juridique générale (contrairement aux thèses courantes sur la jurisprudence-« source de droit ») : elle figure dans les motifs de l'acte juridictionnel et non dans son dispositif ; et

Kelsen, du reste, lui reconnaît dans d'autres pages le caractère d'une simple doctrine du juge et non d'une édicition de norme juridique (en principe, il dénie au juge la possibilité de créer des normes juridiques générales, en dehors de l'institution du système du précédent : p.327s.).

Ainsi, finalement, l'opposition entre les organes d'application et la « science du droit » se réduit à ce truisme que la science du droit n'a pas d'activité d'application du droit et donc n'est pas habilitée à édicter des normes juridiques, à créer du droit. Cela ne concerne pas véritablement les démarches interprétatives déployées qui restent toujours identiques.

3. Kelsen tend à concevoir l'interprétation des normes juridiques par les organes d'application comme un choix des décisions à prendre par eux, plutôt que comme une détermination du sens à donner à ces normes.

- Il y a, autour de l'idée de norme-cadre offrant diverses possibilités à l'organe d'application, une ambiguïté qui perce de façon particulièrement nette dans le paragraphe intitulé « Le droit à appliquer, un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application » (p.456s.). Dans ces lignes, on voit Kelsen ramener les idées d'indétermination et de norme-cadre aux cas où la norme à appliquer laisse à l'organe d'application une marge de choix entre plusieurs actes d'application possibles : « Dans tous ces cas, écrit-il, le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier » (p.457). Kelsen ici ne distingue pas clairement deux hypothèses pourtant très différentes : d'une part, l'hypothèse où la norme supérieure offre plusieurs possibilités d'application du fait qu'elle est susceptible de recevoir plusieurs sens différents ; et, d'autre part, l'hypothèse où la norme supérieure offre plusieurs possibilités d'application du fait qu'elle accorde expressément à l'organe d'application un pouvoir de choix. Dans cette seconde hypothèse, la norme comporte une part d'indétermination dans le sens qu'elle ne dicte pas à cet organe les décisions à prendre (elle ne lui reconnaît pas, comme on dit, une « compétence liée »), mais lui ouvre une marge de liberté ou « discrétionnarité » pour fixer la teneur de ses décisions. Cette seconde hypothèse n'est pas comparable à la précédente et ne concerne pas les questions d'interprétation : elle part d'une norme déjà interprétée comme conférant un pouvoir discrétionnaire. Sous couvert de l'idée de norme-cadre Kelsen mélange les deux hypothèses. Significatif est le cas, qu'il donne en exemple, d'une loi habilitant l'administration à prendre toutes les mesures nécessaires pour enrayer une épidémie survenue : c'est l'organe d'application, dit-il (p.455), qui va déterminer ces mesures, la loi est indéterminée quant à leur contenu. Mais il ne s'agit pas en l'occurrence d'un problème d'interprétation : c'est le sens même de la loi, telle qu'on l'a interprétée, de reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'organe d'application, de lui conférer le pouvoir de choisir les mesures adéquates pour faire face à

l'épidémie. Cela n'a rien à voir avec l'hypothèse où l'interprétation d'une loi pose problème et où l'on peut hésiter entre plusieurs sens possibles.

- Cette manière de concevoir l'interprétation dans l'application du droit explique que Kelsen n'en ait pas mesuré toute la portée réelle, et en particulier la portée subversive au regard de sa présentation de la hiérarchie de l'ordre juridique comme correspondant à un processus irréversible de concrétisation croissante des normes juridiques et de limitation croissante des pouvoirs des autorités juridiques.

C'est que justement il envisage les choses à l'envers : l'interprétation consisterait, pour les organes d'application, non pas à déterminer le sens de la norme supérieure à appliquer, mais le contenu à donner à la norme inférieure à édicter, contenu jamais entièrement déterminé, préfixé, par la norme supérieure. Vue ainsi, l'interprétation ne paraît pas susceptible de porter atteinte au pouvoir de l'autorité supérieure et à la réglementation édictée par elle. Les choses apparaissent tout différemment si l'on restitue à l'interprétation sa véritable portée dans le processus d'application du droit ; la vision kelsénienne de la hiérarchie de l'ordre juridique s'en trouve alors nettement relativisée. On s'aperçoit, en effet, que celui qui applique une norme supérieure en édictant une norme inférieure donne en même temps son sens au texte à appliquer et est par là plus ou moins à même, selon les circonstances, de moduler la norme supérieure, éventuellement en fonction de la norme inférieure qu'il souhaite émettre : dans ce cas, au lieu d'un processus de concrétisation croissante du droit se déroulant de haut en bas, on a affaire plutôt à un processus inverse de généralisation sur mesure se développant de bas en haut.

Il y a tout un courant de pensée qui a développé une critique de la *Stufenbautheorie* kelsénienne en mettant l'accent sur ces données, notamment en raisonnant sur la catégorie d'organes d'application que sont les juges. Ce courant s'est illustré au cours des dernières décennies, en Allemagne et dans les pays germanophones, avec la « théorie structurante du droit » répandue sous la houlette de Friedrich Müller (voir son manifeste : *Discours de la méthode juridique*, trad. française Olivier Jouanjan, P.U.F., 1996) : se situant dans le prolongement des vues « décisionnistes » déjà opposées aux normativistes par Carl Schmitt (cf. Jean-François Kervegan, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1995-27, p.57s.), cette théorie est toute entière fondée sur l'idée que le droit est « structuré » par les organes d'application, selon un processus inverse de celui théorisé par Kelsen. Des idées analogues ont été développées en France, sous l'inspiration, semble-t-il, du réalisme américain, par Michel Troper (cf. en particulier : « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p.520s.). Selon Troper, les juges participent, à travers leurs démarches interprétatives, à la création ou recréation des normes juridiques générales qu'ils ont à appliquer, alors que Kelsen ne leur reconnaît qu'un pouvoir de création de

normes individuelles. De même, à l'idée de Kelsen selon laquelle la validité de la norme inférieure lui vient de la norme supérieure qu'elle applique et donc de l'autorité supérieure qui en est l'auteur, Troper oppose l'idée que cette validité provient en réalité « du processus de production de normes inférieures », l'organe inférieur d'application pouvant moduler à sa convenance la consistance de la norme supérieure par le biais de ses démarches interprétatives. Finalement, l'ordre juridique ne serait pas un avec la Constitution au sommet, mais multiple en fonction des différentes Cours souveraines pouvant exister et qui contrôlent l'interprétation de la Constitution et des édictions de droit effectuées sur son fondement.

Sans doute, toutes ces analyses demanderaient à être davantage nuancées : la liberté de manœuvre des organes d'application, et spécialement des juges, n'est pas aussi absolue qu'elles le laissent entendre ; les énonciations de normes du législateur présentent, pour l'établissement de leur sens, une certaine résistance ou opacité, elles ne sont pas l'équivalent d'un néant, - du modelable à merci. Mais il reste que Kelsen, dans son mode même d'approche de l'interprétation, n'a guère entrevu et pris en compte ces horizons problématiques.

.

. .

Cette étude critique des idées kelséniennes m'inspire un propos final académiquement incorrect, - j'en demande, par avance, pardon au cher ami récipiendaire de ces *Mélanges* ! Il s'agit, plutôt que d'une conclusion, d'une *digression* pour esquisser un rapprochement de Kelsen avec Kant, son maître à penser (encore qu'il soit loin de l'avoir toujours compris ou de lui avoir toujours été fidèle). Il me paraît y avoir, en effet, un étonnant trait d'union entre le philosophe de Königsberg et le maître autrichien dans leurs entreprises respectives de fondation d'une morale pure et sans concession, pour le premier, et d'une science du droit également pure et sans compromission, pour le second : ce trait d'union, c'est l'identique échec de ces entreprises et leur aboutissement au résultat inverse de saper complètement les fondements de cette morale et de cette science du droit, au travers d'analyses extravagantes et de vues chimériques.

On a pu dire de Kant qu'il était, dans le domaine de l'éthique, « un grand destructeur », ayant réduit l'expérience morale à un « spectacle déprimant » ne comportant « aucun élément de plaisir ».⁵ Tout ce à quoi il est parvenu, en

⁵ François Maugarlone, *Traité de l'ombre*, Editions du Bon Albert, 2000, p.448 et 428. C'est le triste spectacle qu'offrent les malades atteints de pathologies neurologiques les privant précisément, dans leurs agissements, d'émotions et de sentiments (cf. Antonio R. Damasio, *L'erreur de Descartes*, trad. française Marcel Blanc, Odile Jacob, 1994).

définitive, c'est à faire reposer la morale sur des postulats – des « suppositions nécessaires »⁶ - tout à la fois indémonstrables et incompréhensibles, inaccessibles à la raison humaine : d'une part, la liberté du sujet moral, qu'il faudrait admettre en dépit de l'implacable déterminisme de tous ses comportements dans le monde sensible ; d'autre part, la nature d'impératif catégorique de la loi morale, requérant qu'elle soit tout à la fois, tel Maître Jacques, la règle à respecter et le mobile - l'unique mobile - poussant à la respecter, et ce même si « la question de savoir comment une loi peut être par elle-même et immédiatement un principe déterminant pour la volonté (ce qui constitue pourtant le caractère essentiel de toute moralité) est une question insoluble pour la raison humaine ».⁷ Finalement, on ne pourrait même pas être sûr qu'une seule action morale ait jamais eu lieu, ni vienne effectivement à avoir lieu.⁸

L'analogie avec le chemin de pensée de Kelsen est frappante. Kelsen aussi a été amené à fonder la « science du droit » sur une supposition nécessaire, - dans le dernier état de ses œuvres, sur la supposition purement imaginaire d'une norme fondamentale qui aurait fait l'objet d'un acte d'édiction de nature fictive accompli par un mystérieux commandant tout aussi fictif. Cette supposition ne serait nécessaire, d'ailleurs, que si l'on veut conférer une apparence de normes (c'est-à-dire de normes « objectivement valables ») aux édictions des autorités juridiques et rendre ainsi possible une science du droit qui les étudie ; mais on pourrait parfaitement ne pas se livrer à cette rêverie imaginative et rester en présence de simples faits sociaux relevant, non pas d'une science du droit, mais d'une science sociologique.⁹

Cette hypothétique et fluctuante science du droit, reposant toute entière sur l'imaginaire même (voire la schizophrénie) des savants qui s'y adonnent, consisterait de surcroît, en fin de compte, à décrire des virtualités de droit ! On peut se demander si le disciple n'a pas dépassé son maître de philosophie ...

⁶ *Fondements de la métaphysique des mœurs*, in Emmanuel Kant. *Œuvres philosophiques*, sous la direction de Ferdinand Alquié, t.2, Gallimard, 1985, p.331s.

⁷ *Critique de la raison pratique*, in *Œuvres philosophiques* préc. , t.2, p.696.

⁸ *Fondements de la métaphysique des mœurs*, *ibid.*, p.267.

⁹ « L'on ne doit pas nécessairement supposer la norme fondamentale d'un ordre juridique positif, l'on ne doit pas nécessairement interpréter [on retrouve, au passage, la confusion entre interprétation et qualification] les relations humaines dont il s'agit de façon normative, c'est-à-dire comme des obligations, des habilitations, des droits, des compétences, etc., fondés par des normes juridiques objectivement valables ; on a seulement la faculté de le faire, c'est-à-dire que l'on peut aussi les interpréter sans recours à une hypothèse préalable, sans supposer la norme fondamentale, comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent ... ou qui n'obéissent pas, - c'est une interprétation qui n'est plus juridique mais sociologique » (*Théorie pure du droit*, p.294. Cf. mon étude sur « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue de la recherche juridique*, 1999-1, p.47).