



HAL
open science

Michel Troper : miroir de Hans Kelsen

Marie Debard

► **To cite this version:**

| Marie Debard. Michel Troper : miroir de Hans Kelsen. Droit. 2014. <dumas-05509655>

HAL Id: dumas-05509655

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-05509655v1>

Submitted on 13 Feb 2026

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

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



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Master 2, Droit public fondamental

MICHEL TROPER : MIROIR DE HANS KELSEN

Mémoire de recherche présenté par Marie Debard
Sous la direction de Monsieur le Professeur David Mongoin

Composition du jury

Monsieur le Professeur David MONGOIN, Professeur à l'Université de Lyon 3

Monsieur le Professeur Hervé DE GAUDEMAR, Professeur à l'Université de Lyon 3,
Vice-doyen de la Faculté de droit de Lyon 3

Saint-Etienne, Lyon 3, Lyon 2

2013-2014

Mes remerciements s'adressent à Monsieur le Professeur David Mongoin pour son soutien constant et les conseils qu'il m'a prodigués.

Je tiens à remercier les membres de mon jury et l'ensemble des Professeurs du Master 2 Droit public fondamental. Leurs séminaires ont été des étapes importantes de la réalisation de ce travail.

« L'Université de Lyon n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Préface

Un auteur contemporain peut-il être le sujet d'une recherche scientifique en droit ? La question peut légitimement se poser dans le petit cercle des juristes dans la mesure où la chose reste peu courante et où, à un titre plus ou moins anecdotique, il relève d'un usage persistant de ne jamais citer d'auteurs vivants au concours d'agrégation. S'agissant de Michel Troper, la réponse est pourtant résolument et définitivement positive comme en témoigne notamment la journée d'études qui lui a été consacrée par l'Institut Villey en décembre 2002, et dont les actes ont fait l'objet d'une publication dans le numéro 37 de la revue *Droits* en 2003. Encore faut-il que l'on juge cette pensée digne d'un tel travail ? La force de l'évidence est parfois telle qu'elle fait douter des bornes assignables à la subjectivité. Michel Troper n'a pas accompli des travaux, il a construit une véritable œuvre qui s'inscrit d'ores et déjà dans l'histoire de la pensée juridique. En conséquence, ce n'est que justice de faire de sa pensée un programme de recherche pour les jeunes générations.

Dès lors, une autre question se posait : comment aborder cette œuvre d'ailleurs certainement plus riche qu'on ne le pense souvent ? Par la théorie réaliste du droit qui constitue sans nul doute le « marqueur » principal de notre auteur ? On aurait pu, par exemple, proposer un exercice de comparaison entre le réalisme tropérien et celui d'autres auteurs réalistes étrangers importants, à l'instar d'Alf Ross. La chose était possible, mais elle impliquait des bases déjà solides en théorie du droit, un temps plus conséquent que celui dont disposent désormais les étudiants de Master 2 pour la réalisation de leur mémoire, et une bonne maîtrise de la langue anglaise. Tous ces éléments n'étant pas réunis, il a donc été choisi de commencer ... par le commencement !

En 1978, dans sa réponse à un article fameux de Paul Amssele, Michel Troper soutenait que la « pyramide » kelsénienne des normes restait debout et terminait programmatiquement son propos en écrivant : « Cela ne signifie évidemment pas, pour paraphraser J.-P. Sartre, que la *Théorie pure* soit la philosophie du droit indépassable de notre temps. Il est sain de chercher à la dépasser mais cela ne peut être fait qu'à propos de l'aspect central de sa doctrine, l'épistémologie... » Penser au-delà de Kelsen en partant de Kelsen : tel était, ainsi qu'on peut en tout cas le comprendre aujourd'hui, le programme établi par notre auteur en

1978. Plus de trente ans après, il était tentant de se demander comment et dans quelle mesure Michel Troper l'avait accompli. Un tel sujet permettait donc d'interroger la distance effective qu'il peut y avoir entre le positivisme dit normativiste de Hans Kelsen et une expression du réalisme juridique qu'est le réalisme tropérien.

Kelsen constitue assurément la source d'inspiration décisive et principale de Michel Troper. Un survol, même superficiel, des notes de bas de page de ses travaux le confirme amplement. Malgré une commune volonté de développer une approche scientifique du droit, ces deux auteurs se séparent néanmoins sur de nombreux points. Certains sont acquis depuis longtemps : ainsi le fait que la science du droit que privilégie Michel Troper est, *a contrario* de celle de Kelsen, strictement empirique. Restait, peut-être, à interroger d'autres éléments et notamment les liens entre la doctrine tropérienne « des contraintes » et le positivisme de Kelsen. Partir du commencement n'avait en effet de pertinence qu'au regard de la fin, en tout cas celle du moment présent. L'inflexion apportée par la doctrine « des contraintes » sur la théorie tropérienne de l'interprétation, que l'on qualifiera alors faute de mieux de classique, doit-elle être comprise en un sens comme un retour vers Kelsen ? D'un côté, Michel Troper a parfois critiqué Kelsen pour n'avoir pas toujours su dégager les propres implications de son système, c'est-à-dire de n'avoir pas toujours été fidèle à sa propre pensée. D'un autre côté, la *Théorie pure du droit* passée à la moulinette de l'interprétation réaliste du droit laisse une image fragmentée du maître de Vienne, et on peut même avoir le sentiment que le dernier Kelsen, celui de la *Théorie générale des normes*, devient sous la plume de Michel Troper, même si l'on force volontairement le trait, Michel Troper lui-même. Ce travail de reconstitution laissait ainsi augurer de puissants jeux de miroir dont il fallait espérer qu'ils n'éblouissent pas trop celui ou celle qui se risquerait à l'entreprendre.

Tel était originellement le cadre de réflexion proposé à Mlle Marie Debard. Le travail ici présenté, issu de son mémoire soutenu en juin 2014 dans le cadre du Master 2 Droit public fondamental co-accrédité entre l'Université Jean Moulin-Lyon III, l'Université Lumière-Lyon II et l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne, est le fruit de cette recherche.

Qu'une étudiante ne s'effraie pas d'un tel sujet, en tout cas jusqu'à un certain point, fût pour moi la première heureuse surprise. C'est avec une réelle curiosité, qualité première du chercheur, que Mlle Debard s'est lancée dans cette entreprise. Je l'ai vu beaucoup lire, réfléchir, douter, bref faire l'expérience de la pensée qui requiert humilité et entêtement. Le résultat obtenu est contenu dans ce travail que la faculté de droit de Lyon a cru devoir honorer

en le publiant. Le lecteur attentif jugera peut-être certains développements contestables, mais devra surtout reconnaître à l'auteur de vraies qualités d'exposition et de réflexion.

La qualité de ce mémoire a contribué à lui ouvrir brillamment les portes de l'accès aux études doctorales. C'est désormais à la pensée d'un autre auteur, Alexis de Tocqueville, que Mlle Debard se confronte dans le cadre d'un travail d'une toute autre ampleur. Ce premier travail est, pour moi, une promesse pour demain.

David Mongoin

Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Directeur du Centre de droit constitutionnel

ABREVIATIONS

Ouvrages, périodiques, collections

A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
Droits	Droits. Revue française de la théorie juridique
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.R.J.	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques

Juridictions

C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
C.E., Ass.,	Arrêt du Conseil d'Etat rendu en assemblée du contentieux
C.E., Sect.,	Arrêt du Conseil d'Etat rendu en section du contentieux

Editeurs

L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
P.U.A.M.	Presse universitaire d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presse universitaire de France
P.U.R.	Presse universitaire de Rouen
P.U.S.	Presse universitaire de Strasbourg

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE 1 : Michel Troper et la *Théorie pure du droit*

Chapitre 1 : La volonté commune de construire une science droit sur le modèle des sciences de la nature

Chapitre 2 : Ontologie des normes, validité et empirisme

TITRE 2 : Dépassement de Hans Kelsen

Chapitre 1 : Une théorie réaliste de l'interprétation

Chapitre 2 : « Redresser » la théorie réaliste de l'interprétation ou la théorie des contraintes juridiques

CONCLUSION

« L'assertion, qui est évidente, que l'objet de la science du droit est le droit, inclut l'assertion – moins évidente – que la science du droit a pour objet les normes juridiques – toutes ou certaines ; sans doute peut-on dire aussi qu'elle porte sur des faits de comportement humain ; mais ce comportement n'est son objet qu'en tant que et dans la mesure seulement où il est prévu par des normes juridiques, où il figure en qualité soit de condition soit de conséquence, ou, en d'autres termes, qu'en tant que et dans la mesure où il apparaît comme contenu de normes juridiques ».

Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, p. 77.

« On voit que la difficulté est considérable et que les théories, qui ont pour ambition commune de fonder une science sur le modèle des sciences empiriques – et qui peuvent donc se dire positivistes – doivent ou bien décrire une réalité empirique, qui ne présente aucune spécificité, ou bien décrire un objet spécifique, dont on ne peut dire qu'il est empirique. L'évolution la plus récente paraît cependant conduire à une science du droit qui prendrait pour objet non plus les normes, ni les comportements, mais le discours et le raisonnement juridiques, objet à la fois spécifique et sur lequel peuvent être énoncées des propositions vraies ».

Michel Troper, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, 1986, numéro spécial « Philosophie et épistémologie juridiques », p. 187-204.

INTRODUCTION

« Cela ne signifie évidemment pas, pour paraphraser J-P. Sartre, que la *Théorie pure* soit la philosophie du droit indépassable de notre temps. Il est sain de rechercher à la dépasser mais cela ne peut être fait qu'à propos de l'aspect central de sa doctrine, l'épistémologie... ».

Michel Troper, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, p. 1523-1536.

Depuis 1974¹, Hans Kelsen représente la source d'inspiration principale de Michel Troper. Dans ce sens, Charles Leben² est parvenu à dégager à partir de l'article « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek » un véritable « programme » élaboré par Michel Troper à travers sa relation à l'œuvre de Hans Kelsen. Le programme est clair. D'une part, Michel Troper s'adosse à la *Théorie pure du droit*³ de Hans Kelsen, la défend et la diffuse. D'autre part, il la critique, projette de la dépasser. Dans ce sens, l'œuvre de Michel Troper peut être présentée comme l'image spéculaire de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen. En minéralogie, le terme « spéculaire »⁴ renvoie aux pierres qui réfléchissent la lumière. On les désigne encore parfois comme des « miroirs d'âme ». L'image spéculaire, c'est l'apparition du double que le miroir renvoie à qui le regarde. De la même manière que le miroir renvoie son double à celui qui le regarde, Michel Troper reconstruit la *Théorie pure du*

¹ **TROPER M.**, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, p. 133-151.

² Citation reprise et expliquée dans **LEBEN C.**, « Troper et Kelsen », *Droits*, 2003, p. 13.

³ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J, coll. « La pensée juridique », réédition 1999, 367 p.

⁴ Les développements reprennent la définition de « spéculaire » donnée dans **LAMBOTTE M.C.**, « Spéculaire et spectaculaire, littérature et psychanalyse », in *Encyclopaedia Universalis* (En ligne). http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/positivisme-juridique/#titre-i_41455 (Page consultée le 22 juin 2014).

droit en la lisant. En effet, si Michel Troper a pour ambition de « dépasser » ou de « redresser » la *Théorie pure du droit*, sa théorie conserve l'architecture de la *Théorie pure du droit*. Quels sont les connexions et les points de rupture entre Michel Troper et Hans Kelsen ? Les interactions sont nombreuses et courent sur divers domaines. Il conviendra donc, dès l'introduction, de circonscrire le champ d'étude à quelques thèmes saillants.

Avant de présenter le champ de notre étude, la problématique et les principaux résultats obtenus (section 2), on propose un détour biographique (section 1).

Section 1 : Présentation de Michel Troper et Hans Kelsen

Michel Troper

Michel Troper est Professeur émérite de l'Université de Paris X-Nanterre et membre de l'Institut Universitaire de France⁵. L'auteur est né le 9 août 1938 et réalise des études de droit et d'économie à Sciences-Po Paris après avoir obtenu son baccalauréat en 1956. Bien qu'ayant eu accès au cours de Georges Vedel, il opte pour la section « économie privée » pour sa deuxième année à Sciences-Po Paris. En 1959, il obtient son diplôme de Sciences-Po, puis s'inscrit à l'Institut Européen d'Administration des Affaires (INSEAD). Durant l'été 1959, il initie un premier contact avec des universitaires lors de cours de sciences politiques organisés à Nice par les services culturels de l'ambassade américaine⁶. C'est durant cet été que ses choix s'affinent. L'excitation intellectuelle permanente des discussions l'aiguille vers un DES de Sciences politiques. Il suit les cours de Charles Eisenmann qui lui présente la carrière universitaire et l'incorpore dans son équipe pour le concours d'agrégation en 1962. Par la suite, il s'inscrit en droit public et réalise une thèse sur la séparation des pouvoirs⁷ sous la direction de Charles Eisenmann. Durant sa thèse, il travaille essentiellement à la bibliothèque nationale où il se constitue une véritable culture philosophique. Il commence à lire Hans Kelsen mais n'en fait pas pour sa thèse un usage délibéré et systématique. Il déclare dans

⁵ La présentation s'inspire de l'entretien avec Michel Troper réalisé par Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard, publié dans les *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*. BRUNET B., BECHILLON D., CHAMPEIL-DESPLATS V., *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. XXXV-XLVII.

⁶ BRUNET P., BECHILLON (De) D., CHAMPEIL-DESPLATS V., MILLARD E., *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. XXXVI.

⁷ TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1980, 251 p. L'édition originale de cet ouvrage est parue en 1973.

l'entretien réalisé pour les mélanges en son honneur s'être plutôt inspiré du modèle du livre de Lucien Febvre⁸ sur la religion de Rabelais. Entre 1963 et 1965, il demeure à Lyon, puis retourne à Paris entre 1966 et 1968 où il dispense des travaux dirigés de droit constitutionnel pour André Hauriou et Jean Rivero. Il soutient sa thèse en 1967, et se présente à l'agrégation en 1968. Dans les années 1970, il fait la connaissance de Noberto Bobbio qui le met notamment en contact avec Uberto Scarpelli et Giovanni Tarello. Il apprend l'italien et fréquente les colloques de philosophie. C'est grâce à cet intérêt pour la philosophie et les penseurs italiens qu'il découvre les courants réalistes scandinave et américain. Il entretient des relations étroites à la fois avec les penseurs italiens et américains. Il effectue des cours à Boston College en 1978. A cette époque, le réalisme juridique est « constamment à l'œuvre »⁹ aux Etats-Unis. Michel Troper découvre l'œuvre de Ronald Dworkin et celle du juriste anglais Hebert Lionel Adolphus Hart. Il prend des contacts avec Jerzy Wroblewski à l'Université de Lodz en Pologne et fait partie du groupe que ce dernier a formé avec d'autres auteurs parmi lesquels Christophe Grzegorzczak avec lequel il co-éditera la *Théorie des Contraintes Juridiques*¹⁰.

Michel Troper écrit sur des sujets variés : la séparation des pouvoirs, l'Etat, la démocratie, l'interprétation, et le pouvoir du juge. Beaucoup de ses contributions sont en ligne directe avec les travaux de Hans Kelsen. Ils ont aussi vocation à diffuser la *Théorie pure du droit* ainsi que les théories politiques du juriste viennois. Il a notamment réédité et préfacé l'étude de Hans Kelsen sur la démocratie¹¹. Michel Troper est aussi un historien du droit. Ses travaux sur l'histoire du droit contiennent en germe la théorie réaliste de l'interprétation¹².

Un article particulièrement remarqué de Michel Troper est « Le problème de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle »¹³ publié dans les *Mélanges Eisenmann*

⁸ Lucien Febvre (1978-1956), Historien, préconise non pas la description de quelque chose mais l'explication de quelque chose. D'après lui, pour mettre en œuvre cette démarche, il faut donc choisir les faits volontairement, les organiser et en tirer quelque chose. Lucien Febvre a en cela proposé une nouvelle théorie de la connaissance.

⁹ BRUNET P., BECHILLON (De) D., CHAMPEIL-DESPLATS V., MILLARD E., *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. XLV.

¹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, 216 p.

¹¹ KELSEN H., *La démocratie, sa nature, sa valeur*, traduction de Charles Eisenmann, présentation de Michel Troper, Paris, Economica, coll. « Classique. Série politique et constitutionnelle », 1988, 98 p.

¹² Notamment, TROPER M., « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in MARSHALL T., *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel – La France et le Etats-Unis*, La garenne-Colombes, France, Editions de l'Espace européen, 1992 ; traduit de l'italien, p. 35-46.

¹³ TROPER M., Le problème de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle, in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, p. 133-151.

en 1974. Cet article est le point de départ d'une lecture critique de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen qui débouchera en 1981 sur une contribution majeure « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique »¹⁴.

Hans Kelsen

Hans Kelsen est né à Prague en 1881 dans une famille juive originaire de Galicie. Après sa naissance, sa famille s'installe à Vienne. Hans Kelsen réalise des études de droit, qu'il poursuivra plus tard à Heidelberg. Georg Jellinek, représentant de l'école positiviste au XIX^{ème} siècle, professe à Heidelberg¹⁵. Hans Kelsen suit ses enseignements, mais aussi ceux de Max Weber. Hans Kelsen revient ensuite à Vienne. Il soutient une thèse en 1911 intitulée « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'Etat ». Elle lui permet de devenir universitaire. Michel Troper souligne que la thèse de Hans Kelsen contient l'essentiel de la théorie normativiste¹⁶, qui sera ensuite développée dans la *Théorie pure du droit*.¹⁷

Après la Première Guerre mondiale, Hans Kelsen se lie avec les sociaux-démocrates notamment avec Karl Renner¹⁸. En 1919, Hans Kelsen est nommé président d'une commission chargée d'élaborer un projet de constitution pour la République d'Autriche. Ce projet sera adopté en 1919. La Constitution d'Autriche est l'une des premières à instituer une Cour constitutionnelle afin de mettre en place un contrôle de constitutionnalité par une cour spécialisée. Elle dispose du monopole du contrôle de constitutionnalité. C'est un contrôle de constitutionnalité concentré. Elle se différencie sur ce point du contrôle de constitutionnalité diffus mis en place par la Cour suprême des Etats-Unis dans sa décision du 24 février 1803, *Marbury contre Madison*. De nombreux pays d'Europe comme l'Espagne ou l'Italie ont institué un contrôle de constitutionnalité sur le modèle de la Cour constitutionnelle

¹⁴ **TROPER M.**, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans **TROPER M.**, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1993, p. 85-94.

¹⁵ Georg Jellinek, né à Leipzig le 16 juin 1851, mort à Heidelberg le 12 janvier 1911, est un juriste autrichien d'expression allemande.

¹⁶ La présentation de Hans Kelsen s'inspire de celle réalisée par Michel Troper dans **TROPER M.**, « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P., (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 118.

¹⁷ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, 367 p.

¹⁸ Karl Renner est né le 14 décembre 1870 à Unternnowitz en Moravie et est décédé le 31 décembre 1950 à Vienne. Karl Renner était un homme politique social-démocrate et un juriste autrichien. Au début de la Première République d'Autriche de 1918 à 1920, il fut chancelier fédéral. Après la seconde guerre mondiale et l'indépendance de l'Autriche, il fut chef du Gouvernement provisoire en 1945, et premier Président fédéral de la Deuxième République de 1945 à 1950.

autrichienne. Hans Kelsen est finalement nommé conseiller référendaire à vie de la Cour constitutionnelle autrichienne. Il est important de noter que le contrôle de constitutionnalité est un aspect nécessaire dans la théorie de Hans Kelsen afin d'assurer le maintien de la hiérarchie des normes et notamment la suprématie de la constitution¹⁹.

Jusqu'en 1929, Hans Kelsen exerce à la fois les fonctions de Professeur à l'Université et de membre de la Cour constitutionnelle. Hans Kelsen est radié de la Cour constitutionnelle en 1929 à la suite d'une affaire politique. Il doit également démissionner de sa chaire à l'Université. Il enseigne alors à Cologne de 1929 à 1933. En 1933, Hans Kelsen est contraint à quitter l'Allemagne pour Genève. En 1936, il professe à l'Université allemande de Prague, mais la plupart des étudiants refusaient d'assister aux cours d'un juif démocrate. En 1938, il quitte Prague pour Genève. Il enseigne ensuite aux Etats-Unis, plus particulièrement à Harvard et à l'Université de Californie. La *Théorie générale des normes*²⁰ sera publiée *post mortem*. Hans Kelsen a laissé une œuvre considérable. Elle touche à la philosophie politique, à la philosophie juridique, mais également à la philosophie morale et éthique.

Compte tenu de l'ampleur et de la densité des travaux de ces deux penseurs du droit, il est nécessaire, dans le cadre de ce travail, de sélectionner un champ d'étude et de dégager une problématique.

Section 2 : Recherche d'une « voie moyenne » dans la théorie réaliste de l'interprétation

On admet communément que les théoriciens se divisent en deux courants, les jusnaturalistes et les juspositivistes. Pour les juspositivistes, et contrairement aux jusnaturalistes, il n'existe aucun droit autre que celui posé par des institutions. La Nature n'apparaît pas comme une autorité avec laquelle il faut composer pour rendre compte du droit posé.

¹⁹ TROPER M., « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P., (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 118.

²⁰ KELSEN H., *Théorie générale des normes*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1996, 604 p.

Michel Troper et Hans Kelsen sont deux juspositivistes qui partagent une même volonté de construire une science du droit en s'inspirant de la démarche empirique empruntée aux sciences de la nature. Tous deux ont également l'ambition de participer à la construction d'une science du droit autonome, c'est-à-dire une science du droit qui rend compte du droit par le droit. Le projet des auteurs apparaît très nettement : dégager une alternative entre une science empirique non spécifique au droit et une science spécifique du droit totalement étrangère aux faits. Afin de réaliser ce projet, Hans Kelsen et Michel Troper²¹ adoptent chacun une épistémologie propre. Hans Kelsen crée la branche normativiste du juspositiviste, alors que Michel Troper opte pour la branche réaliste du juspositiviste qui a ses racines aux Etats-Unis, en Italie et en Scandinavie. La raison de ce point de rupture réside dans le fait que, selon Michel Troper, le normativisme de Hans Kelsen n'est pas en mesure de réaliser pleinement l'alternative recherchée, car trop éloignée des exigences d'une science empirique. C'est que la *Théorie pure du droit* est conçue à partir d'une définition très large, pour ne pas dire élastique, de la science empirique. Pour autant, toujours selon Michel Troper, le réalisme de certains juspositivistes ne réalise pas mieux l'alternative recherchée puisque, souvent, ces théories se laissent pénétrer par d'autres sciences sociales (la sociologie, la psychologie). Dans ce travail, nous avons choisi de nous concentrer sur la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper, car elle est l'illustration parfaite de sa position épistémologique : « redresser » la *Théorie pure du droit* afin de réaliser une « voie moyenne » entre le normativisme de Hans Kelsen et un réalisme « extrême ».

La théorie réaliste de l'interprétation est qualifiée de réaliste parce que la priorité est donnée aux faits et aux relations causales entre ces faits. Par opposition, le normativisme de Hans Kelsen part d'une distinction entre deux sphères : l'« être » (les faits) et le « devoir être » (les prescriptions). Selon Hans Kelsen, l'objet de la science du droit est la norme entendue comme la signification prescriptive d'un acte de volonté. La norme n'est pas un fait, mais quelque chose qui doit être, une prescription. Il faut alors élargir la définition de la science empirique, puis substituer aux relations causales entre des faits une nouvelle relation

²¹ **RIALS S.**, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n°37, p. 69. Pour désigner la « voie moyenne » dégagée par Michel Troper, Stéphane Rials parle « d'île au milieu du lac » décrite comme une situation « à la fois enviable et difficile – difficile parce qu'elle peut lui valoir d'être critiquée depuis l'une et l'autre rive, enviable tout de même parce que le délicat juste milieu auquel il se tient finalement lui permet [...] de parler avec tous et d'être apprécié des uns, pour ce qu'il garde encore des vues autrefois communes, et des autres, parce qu'il consent déjà au procès de destruction auquel ils œuvrent dans un rire immense et solitaire encore ».

entre les « devoir être ». Cette relation est l'imputation : elle énonce des connexions du type « Si un événement est, alors un second doit être ». Puisque, par la « guillotine de Hume », de ce qui doit être, on ne peut inférer un fait (et réciproquement), cette nouvelle relation qui lie les normes les unes aux autres est nécessairement distincte d'une relation de cause à effet. Michel Troper ne peut accepter cette position épistémologique. La science du droit en tant que discours sur le droit, lui est extérieure. Elle doit donc se trouver un objet distinct des normes (les significations des actes juridiques posés par une autorité humaine). De plus, si la démarche empirique est la priorité, alors l'objet étudié doit être un fait.

La théorie réaliste de l'interprétation est, comme son nom l'indique, une théorie de l'interprétation des actes posés. Cette théorie est radicale pour au moins deux raisons. La première est qu'elle s'enracine dans une lecture critique de la théorie de l'interprétation contenue dans la *Théorie pure du droit*, qui produit une série de conséquences de nature à ébranler la *Théorie pure du droit*. Ces conséquences sont si « extrêmes » que Michel Troper est forcé de « redresser » sa théorie par le biais d'une théorie des contraintes juridiques, mais au risque de manquer sa cible : la réalisation d'une « voie moyenne ». La seconde raison de cette radicalité est, comme nous allons le voir, qu'elle repose sur une hypothèse radicale.

Notre principal objectif dans ce mémoire sera de présenter le cheminement épistémologique et théorique de Michel Troper sur la question de l'interprétation et de ses prolongements, de détecter les conséquences de ce cheminement sur la *Théorie pure du droit*, puis d'évaluer la faisabilité de la construction de la « voie moyenne ».

Afin de satisfaire à cet objectif, nous avons procédé à une lecture croisée des textes de Hans Kelsen et de Michel Troper. Nous avons travaillé sur les textes sélectionnés par Michel Troper pour la publication des trois ouvrages suivants : *Pour une théorie juridique de l'Etat*²², *La théorie du droit, le droit, l'Etat*²³, et *Le droit et la nécessité*²⁴. Nous faisons également référence à l'ouvrage cité plus haut, *Théorie des contraintes juridiques*. En ce qui concerne Hans Kelsen, nous avons utilisé essentiellement la dernière version de la *Théorie pure du droit*, traduite par Charles Eisenmann²⁵. Il faut noter que peu de sources secondaires

²² **TROPER M.**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, 358 p.

²³ **TROPER M.**, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

²⁴ **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

²⁵ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, 367 p.

ont été utilisées ; la priorité a été volontairement donnée à l'analyse des textes et à leur lecture critique.

Le Titre 1 est consacré à la *Théorie pure du droit* et à sa (re)lecture par Michel Troper. Les points de vue, critiques et reconstruction de Michel Troper apparaissent soit directement dans des articles consacrés à la *Théorie pure du droit*, soit indirectement au travers d'articles thématiques. Charles Leben a exploré l'index de chaque recueil d'articles publié par Michel Troper. Il constate que chacun d'eux compte un nombre considérable de renvois à Hans Kelsen : vingt-sept dans *Pour une théorie juridique de l'Etat*, quarante dans *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, treize dans *Le Droit et la nécessité*.

Le chapitre 1 a deux objectifs. Le premier est pédagogique. On présente le courant jusnaturaliste que l'on scinde en deux branches : la branche dite « classique » et la branche dite « moderne ». On met ensuite en avant les points de divergence entre le juspositivisme et le jusnaturalisme. Le juspositivisme entendu comme mode d'approche du droit est défini par l'idée selon laquelle il est possible de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, c'est-à-dire sur des sciences qui adoptent une démarche empirique. Hans Kelsen et Michel Troper adhèrent à ce programme. Souhaiter construire une science du droit en s'inspirant de l'épistémologie empirique implique de satisfaire à certaines exigences : séparation entre le droit et l'objet du droit ; neutralité axiologique ; contrôle empirique des propositions scientifiques. Le deuxième objectif fait apparaître la position de Michel Troper à propos de ces deux branches du juspositivisme. Son jugement est sévère à la fois pour le normativisme de Hans Kelsen et pour les réalistes. Soit le dilemme suivant pour une science empirique du droit : décrire un objet, l'ensemble des normes en vigueur, dont on ne peut pas dire qu'il appartient à la sphère de l'« être », soit réduire le droit à des faits sociaux, qui appartiennent à cette sphère, mais au risque de ne pas remplir l'exigence d'une science spécifique, autonome. Selon Michel Troper, une manière d'échapper à ce dilemme est de ne prendre pour objet ni les normes, ni les comportements sociaux, mais le discours et le raisonnement juridique qui règlent l'interprétation des énoncés. Cet objet est à la fois spécifique et l'on peut lui appliquer des propositions testables. Cette première proposition pose les linéaments de la « voie moyenne » tracée par Michel Troper.

La théorie de l'interprétation est le moment privilégié où cette « voie moyenne » se concrétise. Le chapitre 2 situe la justification de la construction d'une théorie de

l'interprétation dans une défense puis dans une critique du concept de validité/obligation développé dans la *Théorie pure du droit*. Il nous faut éclaircir ce point. Une controverse célèbre portant sur le concept de validité/obligation des normes a mis dos à dos Hans Kelsen²⁶ et Alf Ross²⁷. Après avoir exposé la théorie de la validité/obligation de Hans Kelsen, la critique de Alf Ross et la réplique de Hans Kelsen, nous livrons le point de vue de Michel Troper exposé dans un article intitulé « Ross, Kelsen et la validité »²⁸. Il s'accorde avec Hans Kelsen pour dire que la validité est le mode d'existence des normes (leur appartenance à un ordre juridique). Il défend Hans Kelsen contre Alf Ross sur différents points ; notamment sur le fait que l'obligation d'obéir aux normes n'est pas une tautologie parce qu'il s'agit d'une obligation relative, que l'obligation est juridique et non morale. Il s'accorde également avec Hans Kelsen contre Alf Ross pour dire que le fondement de la validité ne se situe pas dans l'efficacité du droit. En revanche, il s'accorde avec Alf Ross pour rejeter l'idée de Hans Kelsen selon laquelle les *conditions* de la validité se situent dans une relation purement formelle de précedence et de conformité entre normes dans la sphère du « devoir être ». Le principal résultat du chapitre est de montrer que c'est précisément ici que la théorie de l'interprétation s'immisce. En effet, si l'on dit avec Hans Kelsen que la norme est une signification d'une prescription émanant d'un acte de volonté, alors la validité est le fait que cette signification soit objectivement reconnue par l'ordre juridique. Cependant, les conditions de cette appartenance sont fournies par un fait empirique : l'attribution de la signification par un acte d'interprétation authentique. Cet acte et ses contraintes sont d'ordre juridique. On perçoit déjà les possibles conséquences d'une telle théorie sur la *Théorie pure du droit*.

Le Titre 2 est consacré à la théorie réaliste de l'interprétation et à ses prolongements dans la théorie des contraintes juridiques. Si la *justification* de cette théorie se situe dans une critique du concept de validité, la *stratégie* pour la mettre en action consiste à reconstruire la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen. Cette dernière est reléguée au tout dernier moment de l'ouvrage : « Titre VIII : L'interprétation ». Michel Troper note incidemment que « dans

²⁶ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, p. 212. Titre V, section 36 (g), note 7, l'auteur présente la conception réaliste d'Alf Ross. V. également, **KELSEN H.**, « Une théorie « réaliste » et la Théorie pure du droit », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 15-42.

²⁷ **ROSS A.**, *Toward a Realistic Jurisprudence : Criticism of Dualism in Law*, Copenhagen, 1946 et « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », in *Revista Jurídica de Buenos-Aires*, vol. IV, 1961, p. 46-93.

²⁸ **TROPER M.**, « Ross, Kelsen et la validité », *Droits et société*, 2002/1, n°50, p. 43-57.

l'œuvre de Hans Kelsen cette question de l'interprétation n'occupe en apparence qu'une place secondaire ; on serait tenté de dire, marginale »²⁹. Pourtant, cette théorie de l'interprétation est sujette à des interprétations scientifiques qui peuvent conduire à « subvertir la conception kelsenienne de la structure de l'ordre juridique »³⁰. Le chapitre 1 expose successivement la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen, la critique de Michel Troper, puis le point de vue de Otto Pfersmann sur la position de Michel Troper³¹. L'argumentation de Michel Troper s'articule en deux temps. Dans un premier temps, il note que l'expression « interpréter une norme », utilisée par Hans Kelsen, est une contradiction dans les termes puisqu'une norme est par définition une signification attachée à un acte de volonté. Ce que l'autorité interprète est un texte. Cet acte est un fait empirique dont la concrétisation est une signification. Dans un second temps, il ajoute que l'interprète n'est pas lié par le texte ce qui lui permet de conclure que l'interprétation est un acte de volonté. En combinant ces deux points, on obtient la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper : si l'acte d'interprétation porte sur un texte, dont le sens n'est pas fixé préalablement à cet acte, si une norme est la signification attachée à ce texte, et si les actes de cet interprète ne sont pas contestables, alors c'est bien l'interprète qui détermine la norme qui l'habilite à créer une nouvelle norme et non pas, comme l'affirme Hans Kelsen, la norme supérieure. En d'autres termes, c'est la production de l'interprète qui énonce la norme supérieure et, en particulier, détermine sa propre compétence. Cette théorie produit certaines conséquences sur le concept de validité. On réalise que le fondement de la validité d'une norme ne se situe plus dans le « devoir être » que cette norme supérieure exprime, mais dans l'acte d'interprétation censée la concrétiser. C'est uniquement parce que les interprétations d'une autorité instituée ont un effet (relation de cause à effet) dans l'ordre juridique, c'est-à-dire s'imposent en fait au sein de cet ordre, que l'on qualifie le produit de cette interprétation de norme valide ou obligatoire. Une autre conséquence importante est que la théorie de l'interprétation permet de s'affranchir de l'hypothèse dérangeante de la norme fondamentale de Hans Kelsen, c'est-à-dire la norme qui fonde la validité de toutes les autres normes. Nous montrons que ce bénéfice est obtenu au prix d'un coût supplémentaire :

²⁹ **TROPER M.**, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans **TROPER M.**, *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 85.

³⁰ **TROPER M.**, *op.cit.*, p. 86.

³¹ **PFERSMANN O.**, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 789-836. Nous avons choisi d'insérer ce point de vue car il met en lumière les arguments des deux auteurs, tout en se positionnant en faveur de la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen. Cet article, qui a pris le tour d'une controverse entre Michel Troper et Otto Pfersmann, sera donc utile pour alimenter notre réflexion. Cf. également, **TROPER M.** « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002/2, n°50, p. 335-352, **PFERSMANN O.**, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 759-788.

l'hypothèse de l'indétermination sémantique d'un texte. En effet, l'acte d'interprétation n'est pas lié au texte parce que Michel Troper fait l'hypothèse qu'un texte ne possède aucune signification préalablement à l'interprétation. Cette hypothèse, miroir de l'hypothèse de la norme fondamentale dans la sphère de l'« être », résume à elle seule toute la théorie de l'interprétation réaliste de Michel Troper. Sans cette hypothèse, la théorie s'écroule ; sous cette hypothèse, l'interprète acquiert un pouvoir considérable qui réside dans sa capacité de validation des significations prescriptives. C'est sous cette hypothèse que l'on peut dire que la hiérarchie des normes est interne au raisonnement des interprètes.

Ce « redressement » de la théorie du droit de Hans Kelsen a suscité de vives critiques, notamment parce qu'il donne au juge un pouvoir considérable et, de ce fait, est incapable de rendre compte de la cohérence des décisions juridiques. Il a donc fallu « redresser » ou consolider la théorie de l'interprétation de Michel Troper par une théorie des contraintes juridiques afin de justifier le fait que les raisonnements des juges conduisent à faire émerger des contraintes de nature à réduire leur pouvoir. Ce prolongement théorique est l'objet du chapitre 2. On commence par remarquer que les définitions de certains éléments de ce prolongement théorique nécessitent quelques précisions. Après cette étape de clarification, on montre que cette théorie peut être subsumée dans la théorie de la décision étendue aux environnements stratégiques (la théorie des jeux essentiellement). Dans ce cas, la nature empirique de la théorie ainsi que sa spécificité deviennent discutables. La raison est que la théorie de la décision est adossée à une conception extrême du décideur en tant que sujet connaissant. Ce dernier est supposé disposer d'une information complète sur son environnement, d'une capacité sans faille à exploiter les opportunités et à mener des raisonnements complexes. Mais surtout, dans les environnements stratégiques, la théorie de la décision centre l'analyse sur les constructions mentales (la formation des croyances) des décideurs au détriment d'une analyse causale des décisions ; constructions mentales par nature inobservables et non testables empiriquement. Précisément, la théorie des contraintes construit le concept d'*homo juridicus*. Il s'agit d'une représentation idéalisée de l'interprète similaire à celle du décideur rationnel en théorie des jeux. On avance que ce « redressement » du « redressement » de la *Théorie pure du droit* conduit aux mêmes apories que la *Théorie pure du droit*. L'utilisation d'un modèle formel des processus de formation rationnelle des croyances n'a rien de spécifique au droit, ne concerne en rien les processus réels de décision. En tant qu'acte de l'esprit, ce processus n'est pas un objet testable empiriquement. Comment alors réconcilier cette démarche, que l'on peut qualifier d'« irréalisme » méthodologique,

avec la nécessité d'une confrontation empirique des jugements scientifiques ? Michel Troper emprunte, encore une fois, une « voie moyenne » qui consiste à insérer les concepts scientifiques dans l'Histoire. Ces derniers ont une valeur opératoire (empirique) s'ils offrent la possibilité de réinterpréter l'Histoire.

Titre 1. Michel Troper et la *Théorie pure du droit*.

Titre 2. Dépassement de Hans Kelsen

**TITRE 1 : MICHEL TROPER ET
*LA THEORIE PURE DU DROIT***

Chapitre 1 :

La volonté commune de construire une épistémologie du droit sur le modèle des sciences de la nature

On admet communément que les théoriciens du droit se divisent entre jusnaturalistes et juspositivistes. Pour les uns comme pour les autres le droit posé par une autorité humaine est une donnée dont il faut rendre compte. Pour les juspositivistes, il n'existe aucun droit autre que le droit posé par des institutions, de telle sorte que la nature n'apparaît plus comme une autorité avec laquelle il faut composer pour rendre compte du droit posé. Ainsi, suivant en cela Michel Troper³², nous prenons à notre compte le fait que le dualisme du jusnaturalisme et le monisme du juspositivisme dessine une première ligne de démarcation entre ces deux courants. Néanmoins, quoique utile en première approche, cette démarcation est loin d'être suffisante tant les conceptions des uns et des autres sont complexes et variées.

L'objet de ce premier chapitre est de fournir les premiers éléments de définition du jusnaturalisme (section 1) et du juspositivisme (section 2). On distingue généralement deux courants du jusnaturalisme : le droit naturel classique (sous-section 1.1) et le droit naturel moderne (sous-section 1.2). Historiquement, le juspositivisme s'est construit en opposition au jusnaturalisme. Hans Kelsen et Michel Troper appartiennent tous deux au courant juspositiviste. Le premier se range aux côtés des normativistes (section 2.1) alors que le second ne refuse pas le qualificatif de positiviste réaliste (sous-section 2.2). Malgré cette différence, ils partagent l'ambition de créer une science du droit autonome, libérée des jugements de valeur.

³² **TROPER M.**, « Positivisme juridique », in *Encyclopaedia Universalis* (En ligne). http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/positivisme-juridique/#titre-i_41455 (Page consultée le 11 juin 2014).

Section 1 : Le rejet du jusnaturalisme

On distingue généralement deux courants dans le jusnaturalisme : le droit naturel classique (section 1.1) et le droit naturel moderne (section 1.2).

1.1. Le droit naturel classique

Dans la conception aristotélico-thomiste du droit naturel³³, conception dite classique, le droit naturel est une mesure par laquelle les personnes s'ajustent entre elles. Une mesure est ce qui est dû aux uns et aux autres. Elle n'est pas subjective mais se dégage naturellement et objectivement de la nature des relations interpersonnelles. Par « naturel », il faut comprendre tout ce qui en tout lieu produit le même effet quelle que soit l'opinion des personnes concernées. Le droit naturel est donc le « juste dans les choses », l'exacte mesure à laquelle chacun doit se tenir s'il veut occuper à l'égard d'autrui une position juste. Il est précisément appréhendé comme une chose puisque son existence est indépendante de la pensée et de l'activité des individus ; ses principes sont immuables et non modifiables. Pour décider de l'exacte mesure dans chaque particulier, le recours à une personne qualifiée, le juge, s'impose. Le juge est celui qui discerne le juste de l'injuste avec prudence. Aussi le juge doit être un « juris-prudent », et la somme des connaissances sur ce qui est juste est la jurisprudence. Cela implique que l'utilisation prudente de la raison par une personne compétente n'est pas la source de ce droit mais le moyen le plus sûr pour dire le droit en accédant à la connaissance de l'ordre naturel de justice.

Dans la conception classique, le droit positif possède deux acceptions. Dans une première acception, c'est le droit accessible aux sens, celui que l'on peut entendre ou lire dans les textes de lois rédigés. Dans une seconde acception, le droit positif est le droit voulu par une autorité humaine, le droit posé par un acte de volonté de celui qui a la charge de dire le droit et de l'imposer. Ce droit positif entretient d'étroites connexions avec le droit naturel : il rend le droit naturel accessible aux sens en le déterminant dans les cas d'espèce et en le promulguant. Le droit naturel a donc deux fonctions : il fixe les bornes que le droit positif ne doit pas outrepasser au risque de ne pas dire le bon droit ; il fournit au droit positif un point de mire. Par exemple, dire que le voleur doit être puni appartient au droit naturel, déterminer sa

³³ Cette section sur le droit naturel classique s'inspire largement de l'ouvrage de **SERIAUX A.**, *Le droit naturel*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1993, 128 p.

juste peine relève du droit positif. Ou encore, dire qu'un échange réciproque entre personnes doit se régler selon des principes de justice commutative (prohibition du profit illicite, de l'usure) est du droit naturel, déterminer le juste prix de l'échange relève des autorités publiques.

Comme le note Michel Troper, ce dualisme³⁴ entre le droit naturel et le droit positif est une caractéristique du courant du droit naturel classique. Ce dualisme se retrouve dans la conception moderne du droit naturel, mais le concept de droit a évolué à un tel point que certains penseurs du droit naturel sont quelquefois présentés comme des précurseurs du droit positif ou, à l'inverse, certains positivistes sont classés comme des jusnaturalistes. C'est le cas du jusnaturaliste Thomas Hobbes et des positivistes Jeremy Bentham et Hans Kelsen³⁵.

1.2. Le droit naturel moderne

Dans la conception aristotélico-thomiste, le droit naturel est synonyme de juste mesure. La loi dit le droit, c'est une instance de jugement orientée vers le bien commun. Dans la conception moderne, la notion de droit éclate et évolue vers la signification d'un droit pouvoir de l'individu. Cette révolution a pour conséquence que le droit naturel n'est plus la règle permettant d'ajuster des personnes en relation d'altérité, mais devient l'expression de la liberté de chacun d'exercer sa raison. Ce point de rupture apparaît clairement chez Thomas Hobbes pour qui le droit est la liberté de faire une chose ou de s'en abstenir, alors que la loi détermine et lie. Mais là encore, la loi n'est plus l'expression du juste, d'un savoir reconnu pour déterminer une juste mesure, mais une règle obligatoire imposée par celui qui détient le pouvoir, c'est-à-dire une règle coercitive. L'ordre social est assuré par un ensemble de commandements alors que pour l'école classique cet ordre est reflet d'une justice naturelle dans les relations entre les individus.

L'analyse de Thomas Hobbes est intéressante car elle renverse radicalement la conception du droit naturel classique. En effet, selon Thomas Hobbes, la justice ne préexiste pas au pouvoir législatif, elle lui est consubstantielle. Dans l'état naturel, c'est-à-dire

³⁴ **TROPER M.**, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} édition, 2011, p. 16.

³⁵ Cf., par exemple, **HARDY H.**, *Postures et impostures du juspositivisme. Une lecture critique de la notion de positivisme juridique dans la littérature savante du XIX^{ème} et XX^{ème} siècles*, Canada, Thèse, Faculté de Laval, 2011, 266 p. Ou encore, **HARDY H.**, « Bentham, père du positivisme juridique ? Sur les rapports théoriques et historiques entre Jeremy Bentham, le juspositivisme et le jusnaturalisme », *Revue d'études benthamiennes*, n°11, 2012, p. 51-66.

antérieurement à la présence d'un pouvoir législatif, les individus ont uniquement des droits subjectifs. C'est l'incapacité des individus à vivre en sécurité (un droit naturel) dans un état de nature qui les conduit à instituer rationnellement un pouvoir législatif coercitif qui décide du juste et de l'injuste. En d'autres mots, il n'y a de justice que positive et ainsi le droit naturel est antérieur à la justice. Plus encore, cette justice n'est pas guidée par l'équité, par la juste mesure, mais par le respect du droit naturel à la sécurité des individus.

Le droit naturel, dans sa version classique ou moderne, véhicule un certain nombre de valeurs objectives (droit à la liberté, à la sécurité, à la justice) connaissables. La plupart des juspositivistes estiment au contraire que ces valeurs objectives n'existent pas, qu'elles relèvent de l'idéologie. Certes le droit véhicule des valeurs, mais celles-ci sont subjectives, donc relatives à un contexte. C'est pour cette raison que les juspositivistes rejettent le dualisme et opèrent une distinction entre le droit et la science du droit. La science du droit se borne à décrire le droit positif, le seul droit reconnu, tel qu'il est et non tel qu'il devrait être.

Section 2 : Michel Troper et Hans Kelsen : des juspositivistes

Le positivisme juridique peut se présenter sous trois aspects différents dégagés par Norberto Bobbio³⁶. Il peut désigner un mode d'approche du droit, une théorie du droit, ou encore une idéologie.

Le positivisme comme mode d'approche du droit est défini par l'idée selon laquelle il est possible de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, c'est-à-dire sur des sciences qui adoptent une démarche empirique. L'objet susceptible d'être connu

³⁶ GRZEGORCZYK C., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, Bruxelles, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1993, p. 19. Il est important de noter que d'autres définitions du positivisme de celle stipulative de Norberto Bobbio ont été dégagées par des auteurs. Notamment, la définition lexicale du positivisme juridique proposée par HART H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 49-87. L'auteur identifie cinq significations du terme « positivisme » : 1/ L'affirmation que les lois sont des commandements émanant d'être humains ; 2/ L'affirmation qu'il n'y a pas de relation nécessaire entre le droit et la morale ou entre le droit tel qu'il est et tel qu'il devrait être ; 3/ L'affirmation que l'analyse des concepts juridiques a) vaut la peine d'être faite, b) doit être distinguée des études historiques des causes ou origines des lois, des études sociologiques des relations entre le droit, que ce soit en terme de morale, de fins sociales, de « fonctions » ou autrement ; 4/ L'affirmation qu'un système juridique est un « système logique fermé » dans lequel les décisions juridiques correctes peuvent être déduites par des moyens logiques de règles juridiques prédéterminées, sans aucune référence à des fins sociales, à des politiques ou à des standards moraux ; 5/ L'affirmation que les jugements moraux ne peuvent être établis ou défendus, comme peuvent l'être des jugements de fait, par des arguments rationnels ou des preuves. Le positiviste serait celui qui adhère à au moins l'une de ces significations.

est circonscrit au seul droit positif, c'est-à-dire au droit « posé » par des autorités politiques. Aux yeux des positivistes, le droit naturel et la morale ne sont pas des objets connaissables par des méthodes scientifiques, ils relèvent de l'idéologie³⁷. Souhaiter construire une science du droit en s'inspirant de l'épistémologie (le discours sur la connaissance d'un objet) empirique implique de satisfaire à certaines exigences. Tout d'abord, la science du droit ne doit pas se confondre avec le droit, elle lui est extérieure en tant qu'elle produit un discours sur le droit. Ensuite, la science du droit doit se borner à décrire le droit tel qu'il est et non formuler des prescriptions sur le droit tel qu'il devrait être. Cette exigence, dite de neutralité axiologique, interdit de porter des jugements de valeur sur le droit et d'essayer de le modifier. Enfin, la science du droit doit décrire son objet grâce à des propositions susceptibles d'être contrôlées empiriquement. Par exemple, le critère de réfutabilité proposé par le philosophe des sciences Karl Popper, démarque les énoncés scientifiques des autres énoncés. Une proposition est réfutable s'il est possible, par des méthodes contrôlées, de consigner un fait qui entrerait en contradiction avec l'énoncé de cette proposition. Réfuter une proposition, c'est trouver un fait qui contredit l'énoncé de cette proposition. En ce cas, la proposition est rejetée. Si l'on veut construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, il faut alors être en mesure de dégager des propositions ainsi qu'un critère de démarcation qui permette de valider ou d'invalider empiriquement un énoncé.

Le positivisme comme théorie du droit est caractérisé par une théorie du droit selon laquelle le droit n'est qu'un ensemble de commandements émanant de l'Etat, et assortis de sanctions.

Le positivisme comme idéologie est caractérisé par l'idée selon laquelle le droit en vigueur doit être obéi, soit parce qu'il est considéré comme juste, soit simplement parce que c'est le droit.

Il faut remarquer un point important relatif à cette distinction. Selon Nberto Bobbio³⁸, il n'existe aucun lien, sauf historique, entre les trois aspects du positivisme. Michel Troper accepte et défend également qu'il n'existe aucun lien logique entre le positivisme comme

³⁷ Pour une critique du rejet du droit naturel, nous renvoyons le lecteur à **STRAUSS L.**, *Droit Naturel et Histoire*, 1953, Champs Flammarion pour la traduction, édition 1995, 323 p.

³⁸ **BOBBIO N.**, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1998, p. 53. L'auteur écrit « sur le plan idéologique où aucune tergiversation n'est possible, je suis jusnaturaliste. Sur le plan, de la méthode, je suis positiviste avec autant de conviction. Enfin, sur le plan de la théorie du droit, je ne suis ni l'un ni l'autre ».

« mode d'approche du droit » et le positivisme comme « théorie du droit » avec le positivisme comme « idéologie »³⁹. Le positivisme comme « idéologie » doit être opposé au positivisme entendu comme science du droit. En effet, le positivisme comme « idéologie », prescrit d'obéir au droit posé. Par opposition, le positivisme comme science du droit implique une distinction très nette entre le droit et la science du droit. Si l'on veut construire une science du droit, il faut la construire en dehors du droit. Cette science aura pour but de décrire son objet et non de le prescrire. En cela, le positivisme entendu comme science du droit s'oppose au positivisme entendu comme idéologie. Néanmoins, en exigeant que la science du droit s'élabore à partir du modèle des sciences de la nature, elle prescrit une épistémologie. Comme le souligne Michel Troper, il faut prendre soin de distinguer le droit, la science du droit, et le discours sur la science du droit. Le droit est un ensemble d'actes posés par une volonté humaine. La science du droit est un discours sur ces actes. L'épistémologie est un discours sur la science qui indique la manière de produire des connaissances sur le droit⁴⁰.

S'il n'existe pas de lien entre le positivisme entendu comme « idéologie » et le positivisme entendu comme « science du droit », il existe bien un lien, d'après Michel Troper, entre le positivisme comme « mode d'approche du droit » et le positivisme comme « théorie du droit ». La science du droit a une influence sur la détermination de l'objet. En effet, une fois que l'on adhère au fait que la science du droit doit se borner à décrire le droit posé, il faut déterminer précisément l'objet susceptible d'être décrit, c'est-à-dire déterminer l'objet connaissable. Cet objet peut être les décisions des juges, les textes de loi, les significations attachées aux textes ... C'est en ce sens, que la science du droit influence la théorie du droit.

Le positivisme de Michel Troper et de Hans Kelsen s'apparente au positivisme « comme mode d'approche du droit ». Ces deux auteurs souhaitent construire une science du droit qui doit conduire à une théorie du droit. Cela implique donc, comme nous l'avons souligné, de distinguer le droit de la science du droit, de définir son objet, limité au seul droit posé par une autorité humaine, de limiter la connaissance à cet objet, et enfin de prendre appui sur les sciences empiriques. C'est en ce sens que l'on peut dire que Hans Kelsen et Michel Troper sont des positivistes. Pour autant, le courant positivisme n'est pas homogène. Les nuances, voire les oppositions entre différentes conceptions du positivisme juridique, relèvent de la conception de la science, de son objet, et du rapport entre la science

³⁹ **TROPER M.**, « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société*, 1987, Vol. 11, N°2, p. 195.

⁴⁰ **TROPER M.**, *La philosophie du droit*, « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 3^{ème} édition, 2011, chapitre II, p. 9-25.

et son objet. Michel Troper distingue deux grandes conceptions du positivisme : le normativisme et le réalisme⁴¹. Le normativisme entend construire une science du droit selon un modèle dérivé des sciences empiriques ayant pour objet les normes qui ne sont pas un objet empirique. Le normativisme peut être rattaché à Hans Kelsen (section 2.1). Par opposition, le réalisme réduit le droit à un ensemble de faits que sont les comportements des juges. Dans ce cas, la science du droit peut être une science empirique. Le réalisme peut être rattaché au travail de Michel Troper (section 2.2).

2.1. Normativisme et la *Théorie pure du droit*

Le normativisme est une branche du juspostivisme. Pour les normativistes, l'objet de la science du droit est la norme. Le normativisme est donc la science du droit qui s'attache à décrire des normes. Le normativisme est apparu et s'est développé dans le sillage du Cercle de Vienne à la fin des années 1920⁴². La *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen est une référence incontournable pour le normativisme. C'est aussi l'une des références principales à partir de laquelle Michel Troper construit sa théorie réaliste.

La *Théorie pure du droit*⁴³ renvoie à l'exigence de « pureté » de la théorie du droit. Cela signifie que la connaissance produite sur le droit à l'aide de la théorie est indépendante de connaissances extérieures au droit⁴⁴. La science du droit doit décrire le droit par le droit et s'abstenir d'énoncer des jugements de valeur sur le contenu de ce droit. Cette exigence implique que les connaissances d'ordre psychologiques, sociologiques, économiques, et éthiques doivent être exclues de toute théorie pure du droit, même si le droit véhicule de fait de telles valeurs. C'est pour cette raison que la *Théorie pure du droit* opère une distinction

⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, p. 19.

⁴² SCHMITZ F., *Le Cercle de Vienne*, Paris, J. Vrin, coll. « Analyse et Philosophie », 2009, 431 p.

⁴³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J, réédition 1999, p. 9. Titre premier « Droit et nature », « 1. La pureté », Hans Kelsen écrit : « La théorie pure du droit est une théorie du droit positif... », puis « Elle constitue une théorie générale du droit (à ce titre, elle comprend, bien entendu, une théorie de l'interprétation juridique). Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique ».

⁴⁴ TROPER M., « Un système pur du droit : Le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P., (dir), *Le force du droit, Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 123. L'auteur relève « une ambiguïté » contenue dans le titre de la « Théorie pure du droit ». Michel Troper fait remarquer que ce qui est pur d'après Hans Kelsen ce n'est pas le droit mais bien la théorie du droit.

très nette entre la science du droit et son objet. Il s'agit d'établir une science purement descriptive d'un objet qui caractérise le droit.

Hans Kelsen se donne pour tâche de construire une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, c'est-à-dire sur le modèle des sciences empiriques. Une science est un ensemble de connaissances, c'est-à-dire un ensemble de propositions tenues pour vraies ou à tout le moins susceptibles d'être confrontées à la réalité empirique. Or, la science du droit est spécifique parce que son objet n'est pas semblable aux objets que les sciences de la nature étudient. Une différence essentielle réside dans le fait que le droit positif émane d'actes de volonté que des comportements doivent se réaliser ou doivent être évités, ce qui n'est évidemment pas le cas pour les sciences de la nature dont les lois sont indépendantes de la volonté d'une telle autorité. Afin de caractériser cet objet, Hans Kelsen distingue l'« être » (Sein) du « devoir être » (Sollen). En effet, il est différent d'affirmer que quelque chose « est » et que quelque chose « doit être ». De ceci découle que d'un énoncé relatif à l'« être », il est impossible d'inférer une prescription, c'est-à-dire un « devoir être ». De plus, les propositions de droit, qui sont relatives à l'« être », sont susceptibles d'être vraies ou fausses. Par exemple, il est possible de déterminer si la proposition « Il fait beau » est vraie ou fausse. Par opposition, les prescriptions, relatives à un « devoir être », ne sont pas susceptibles d'être vraies ou fausses. Par exemple, il est impossible de dire que l'interdiction « Ne fumez pas » est vraie ou fausse. On peut seulement dire « Je refuse de vous obéir » ou « Vous n'avez pas le droit de m'adresser des commandements », ou encore « cette interdiction est valide ou non selon le droit ». Ces prescriptions sont exprimées à travers les normes juridiques qui ont pour but de régler la conduite des individus. Et ce sont ces normes qui, pour Hans Kelsen et plus généralement pour les normativistes, constituent cet objet connaissable.

Hans Kelsen appréhende les normes de la manière suivante. D'un côté, les actes de droit sont des faits perceptibles à travers l'expérience, et ces faits existent indépendamment de toute signification. D'un autre côté, ce qui confère à ces actes une qualité juridique est la signification objective donnée à ces actes. Une signification objective est une signification selon le droit et non pas la signification qu'une personne extérieure, non habilitée, pourrait donner. En recevant une signification objective, ces faits deviennent des actes de droit ou des actes contre le droit si l'interprétation de ces actes signale qu'ils sont illicites. Ainsi, du point de vue de Hans Kelsen, ce ne sont pas ces faits extérieurs que la science du droit étudie, mais les significations attachées à ces actes. Ces significations sont précisément les normes de

conduite : elles expriment que quelque chose doit être et non pas que quelque chose est. Le caractère empirique de la science du droit prend un visage très particulier chez Hans Kelsen : « Une science n'est pas "empirique", par opposition à "métaphysique" », uniquement quand elle décrit des faits qui se déroulent dans l'espace et dans le temps, mais également quand elle décrit la signification de certains actes humains. Une théorie du droit reste empirique si elle se limite à la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques »⁴⁵.

Une théorie du droit se saisit de l'ordre juridique ; elle décrit et analyse les normes qui sont posées et qui doivent être appliquées par les membres de cet ordre. De cette façon, elle décrit l'ordonnement de ces normes, c'est-à-dire les rapports qu'entretiennent les prescriptions les unes par rapport aux autres. Produire une connaissance sur cet ordre suppose d'établir des propositions de droit qu'il faut distinguer des normes juridiques.

Premièrement, les normes juridiques sont posées par les membres habilités de cet ordre, alors que les propositions de droit sont des jugements hypothétiques, des assertions, qui énoncent au regard de cet ordre certaines conséquences causées par certaines conditions définies par cet ordre. En tant que jugement, ces propositions ont la qualité d'être vraies ou fausses.

Deuxièmement, une norme n'est pas un jugement, mais une prescription dont la qualité est d'être valide ou non au regard de cet ordre. Selon Hans Kelsen, la validité est le mode d'existence des normes ou de manière équivalente l'appartenance à l'ordre juridique. Il est vrai que l'on peut admettre qu'un acte de connaissance est un acte constitutif de sorte que l'acte de connaissance scientifique du droit crée son objet en tant qu'il le saisit et lui assure une intelligibilité, une unité. En ce sens précis, la science crée donc de l'ordre à partir des matériaux du droit et révèle les relations ou les contradictions du système juridique étudié. Cependant, cet ordre est purement intellectuel et n'a pas de caractère normatif : il ne crée pas des normes, mais des jugements scientifiques sur cet ordre ; cet ordre produit par la connaissance n'est pas une source du droit, il se contente de l'analyser une fois créé.

⁴⁵ **KELSEN H.**, «Compte rendu de Alf Ross, On Law and Justice», in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 15.

En tant que science du droit positif, le normativisme propose de décrire des normes par le biais des propositions de droit. Nous détaillerons plus loin la théorie de Hans Kelsen sur la nature des relations qui relient les normes entre elles, et plus généralement l'ordonnement de ces normes, à travers le concept de validité. A ce stade de ce travail, il faut retenir que le normativisme propose de décrire des normes par des propositions de droit. L'objet de la science du droit est la norme, une signification prescriptive attachée à un acte juridique ; et une norme est dite valide si elle existe au sein de l'ordre juridique. Notons que la question de la validation empirique des propositions n'est pas réellement abordée dans la *Théorie pure du droit*. Par opposition au normativisme, le réalisme juridique entend construire une science du droit ayant pour objet des faits et non des normes.

2.2. Le réalisme juridique et la théorie réaliste de l'interprétation

Le réalisme dans un sens large peut qualifier une multitude d'approches. En tant que branche du positivisme, il partage avec le normativisme l'idée qu'il faut distinguer le droit de la science du droit, définir son objet, limité par le seul droit posé par une autorité humaine, se contenter de produire de la connaissance sur cet objet, et enfin prendre appui sur les sciences empiriques. Il partage également avec le normativisme le fait que la science du droit doit se construire sans référence au droit naturel. Le réalisme se distingue du courant normativiste en ce qu'il conçoit le droit comme un objet empirique, c'est-à-dire comme un fait et non comme un « devoir être ». Cet objet est perçu comme un acte de volonté et non comme une signification détachée de cet acte. Ainsi, le réalisme dispose d'un objet connaissable appartenant au monde de l'« être » et non à celui du « devoir être ». Une première différence entre le normativisme et le réalisme se situe donc sur le terrain de la détermination de l'objet à étudier. Une deuxième différence réside dans l'identification de l'autorité compétente qui produit les normes : ce n'est ni le législateur ni le constituant, mais le juge. De ce fait, il ne s'agit pas de découvrir qu'elle est la norme applicable, un acte de connaissance, mais plutôt de décrire celle que le juge serait susceptible de produire, un acte de volonté. Le réalisme prévoit l'action du juge. Mais encore, au sein même du réalisme, la conception de l'objet empirique peut être envisagée de diverses manières. Ces différentes conceptions correspondent à deux variantes du réalisme, le réalisme scandinave et le réalisme américain, même si les frontières entre ces deux courants sont assez élastiques.

La principale caractéristique du *réalisme américain* est de développer une méthode

d'analyse des questions juridiques sur le terrain de la pratique et de sa dialectique avec l'action. On le situera plus volontiers du côté de la réflexion au sens large plutôt que du côté de la science⁴⁶. Le réalisme américain ne constitue pas une école de pensée bien identifiée, mais un mouvement qui mène une réflexion sur le droit et ses effets sur la société. Le présupposé est que la société évolue plus rapidement que le droit de sorte que les faits sociaux priment sur les lois dans la prise de décision des juges, ou plus exactement que les lois ne sont véritablement acceptées qu'une fois approuvées par une cour de justice. Une large place est donc laissée au raisonnement et à l'action des juges dont il faut essayer de prédire les décisions. Pour paraphraser le juge Oliver W. Holmes, considéré comme un précurseur du courant réaliste américain, le droit est ce que les juges font et rien de plus⁴⁷. Aux côtés du juge Oliver W. Holmes, on peut mentionner les juges Louis Brandeis et Benjamin Cardozo parmi les figures importantes de ce courant.

Contrairement au réalisme américain, le *réalisme scandinave* est un courant scientifique né au sein de l'Université suédoise d'Uppsala avec Axel Hägerström, qui développe une véritable démarche philosophique sur la possibilité d'accéder à la connaissance empirique⁴⁸. Comme le souligne Eric Millard, la théorie générale formulée a ici une « cohérence propre résultant d'une démarche philosophique rigoureuse, construite comme une rupture épistémologique : contre l'idéalisme et le jusnaturalisme, pour la science et la reconceptualisation de la théorie juridique sur des bases qu'ils comprendront, ensuite, être celles du positivisme logique »⁴⁹. L'objectif est donc de proposer une théorie de la connaissance sur le droit entendu comme un fait social et non pas d'analyser les conséquences pratiques que celle-ci peut engendrer sur la prise de décision. Alex Hägerström rejette tout concept qui ne puisse être associé à une réalité. Selon lui, la validité, l'obligation, l'unité de l'ordre juridique, sont trop souvent appréhendées comme des « mythes » ou des « fictions ». Il s'agit alors de les reconstruire à travers les faits sociaux et les mécanismes émotionnels qu'ils suscitent chez ses destinataires. Par exemple, le réalisme scandinave rejette l'idée que l'obligation serait une caractéristique inhérente à une norme au profit de l'idée qu'il s'agit de

⁴⁶ MILLARD E., « Réalisme scandinave, Réalisme américain : un essai de caractérisation », in BRUNET P., MILLARD E., (dir.), *Le réalisme juridique scandinave en question, Acte de colloque de Rouen, 17-18 mai 2002*, Rouen, P.U.R., 2004, p. 16.

⁴⁷ HOLMES O.W., « The Path of Law », 10, *Harvard Law Review*, 457, 1897.

⁴⁸ Pour une présentation du réalisme scandinave, cf., HART H.L.A., « Le réalisme scandinave », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 43.

⁴⁹ MILLARD E., *op.cit.*, p. 16.

la croyance que l'on doit se comporter comme la norme le prescrit. Il s'agit donc d'un état émotionnel qui produit un ressenti et conduit à l'acceptation du caractère obligatoire de la norme. La saisie des éventuelles régularités issues des comportements des juges est le critère pour déterminer si une norme est effectivement considérée comme obligatoire.

Cet élément sera repris dans les travaux de Karl Olivecrona, Anders Lundstedt, et Alf Ross. Tel que présenté par Alf Ross dans *On Law and Justice*, le réalisme scandinave apparaît donc hostile à la fois au formalisme et à la tradition du droit naturel. Le droit et la critique du droit doivent être interprétés en termes de « faits sociaux ». Il s'agit de construire une science empirique et d'expliquer la pensée juridique avec des termes de « la même logique que celle sur laquelle se fondent les autres sciences empiriques »⁵⁰. En conséquence, si un énoncé ne peut pas être analysé comme un énoncé de fait, ou comme l'expression d'un sentiment, il doit être « métaphysique », et donc rejeté. La controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen sur les questions de l'obligation, de la validité et de l'effectivité des normes juridiques témoigne de cette tension. Pour Alf Ross la validité est une notion « dangereusement sceptique »⁵¹. Il convient donc de la manipuler avec précaution en usant d'une « méthodologie empirique ». Nous y reviendrons plus loin dans ce travail.

On retiendra que, dans cette conception réaliste, la spécificité de la science du droit apparaît beaucoup moins nettement que dans le courant normativiste, car le droit est souvent réduit à un fait social, un phénomène psychologique collectif, un système de croyances permettant la cohésion sociale.

Michel Troper apporte une précision importante sur la conception de la science du droit, qui permet d'opposer une conception réaliste à une conception normativiste. Si les positivistes s'accordent sur l'idée que l'exigence d'une science du droit est de décrire un objet empirique qui lui soit extérieur, il existe une divergence entre deux courants du positivisme, le normativisme de Hans Kelsen et le courant réaliste. Comme nous l'avons souligné plus haut, la spécificité de la science du droit pour Hans Kelsen découle de la spécificité de son objet, les normes. En effet, certains actes signifient que certaines conduites doivent avoir lieu. La connaissance des faits sociaux telles que les conduites qui ont effectivement lieu passent au

⁵⁰ HART H.L.A., « Le réalisme scandinave », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 44.

⁵¹ HART H.L.A., *op.cit.*, p. 46.

second plan au profit d'une analyse des relations entre les « devoir être » que ces significations expriment. Comme le souligne Michel Troper, les choses sont claires : c'est la nature de l'objet qui détermine la spécificité de la science du droit. Si Hans Kelsen estime que la science du droit qu'il construit est empirique, c'est dans un sens très précis : la science du droit décrit des normes qui sont la signification d'actes empiriques posés dans l'espace et le temps⁵². En revanche, dans la conception réaliste, la priorité est donnée à la science et non à l'objet. Une fois acceptée l'idée que la science du droit doit rester le plus près possible du modèle des sciences empiriques, il faut définir un objet compatible avec cette exigence et, de ce fait, la définition de l'objet est soumise à l'exigence d'une science empirique. Il s'ensuit que ces objets ne peuvent plus être les énoncés prescriptifs, appartenant à la sphère du « devoir être », mais des faits appartenant à la sphère de l'« être ». Ces faits sont les comportements sociaux effectivement observés, comme, par exemple, les règles appliquées par les tribunaux. L'objection que l'on peut formuler à l'encontre de cette conception réaliste est que la description de ces comportements, perceptibles par les sens, conduit à remonter aux causes psychologiques, morales ou socio-économiques qui les ont engendrées, ce qui, en premier lieu, rend impossible une science du droit autonome, et, en second lieu, ne garantit en aucun cas une explication du rapport entre un fait, par exemple une décision d'un juge, et le « devoir être » exprimée par l'énoncé auquel ce juge se réfère.

Soit le dilemme suivant pour une science empirique du droit : décrire un objet, l'ensemble des normes en vigueur, dont on ne peut pas dire qu'il appartient à la sphère de l'« être », soit réduire le droit à des faits sociaux, qui appartiennent à cette sphère, mais au risque de ne pas remplir l'exigence d'une science spécifique, autonome. Selon Michel Troper, une manière d'échapper à ce dilemme est de ne prendre pour objet ni les normes, ni les comportements sociaux, mais le discours et le raisonnement juridique qui règlent l'interprétation des énoncés. Cet objet est à la fois spécifique et l'on peut lui appliquer des propositions qui peuvent être testées.

Michel Troper se déclare lui-même réaliste, il écrit : « Car si j'ai bien adhéré à une théorie réaliste de l'interprétation, il existe d'autres théories de l'interprétation qui sont réalistes elles aussi »⁵³. L'auteur présente sa théorie réaliste de l'interprétation comme

⁵² **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 19.

⁵³ **TROPER M.**, « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002/2, n°50, p. 335-352.

« radicale » ; si « le réalisme a pour ambition de donner une image de la réalité telle qu'elle est et les théories du droit réalistes sont celles qui s'efforcent de décrire le droit non comme une manifestation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes au moyen de la logique mais tel qu'il est réellement », alors la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper est radicale en ce qu'elle entend par « réellement ». Michel Troper propose une lecture critique de la *Théorie pure du droit* afin de dégager une théorie réaliste de l'interprétation des énoncés juridiques⁵⁴. Tout l'enjeu de cette théorie réaliste de l'interprétation est de trouver une voie intermédiaire entre le normativisme de Hans Kelsen et une conception réaliste dans laquelle la science du droit est réduite à décrire des comportements sociaux. D'ailleurs, Pierre Brunet⁵⁵ qualifie le réalisme de Michel Troper de « normativisme réaliste ».

⁵⁴ Pour lecture de la théorie réaliste de l'interprétation, cf., **JOUANJAN O.**, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, p. 31-48.

⁵⁵ **BRUNET P.**, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », in *La transgression, Actes du colloque de Toulon*, Larcier, 2013, p. 397-414.

Chapitre 2 :

Ontologie des normes, validité et empirisme

La *Théorie pure du droit* est motivée par la volonté de faire émerger un discours scientifique sur le droit, adossé au modèle des sciences empiriques, mais qui doit rester spécifique au droit. Cette double exigence conduit, d'une part, à l'idée que la science du droit doit se limiter à décrire son objet⁵⁶ et non pas tenter de prescrire ou défendre des valeurs morales, d'autre part, qu'elle doit prendre ses distances d'avec la méthode causale des sciences de la nature. En effet, la caractéristique de l'objet des sciences de la nature est d'étudier les faits accessibles aux sens mais extérieurs à la volonté humaine. Certes, les faits sociaux résultent de décisions humaines, mais le droit, nous dit Hans Kelsen, ne peut se réduire à ces faits car les assertions que l'ordre juridique énoncent relativement à ces faits ne sont pas réglées par des relations de cause à effet puisque la société est pensée comme un ordre normatif de contraintes : « Cependant, si l'on analyse les assertions que les hommes énoncent relativement à la conduite humaine, il apparaît que nous unissons des actes de conduite humaine les uns aux autres, et avec d'autres faits, d'après le principe de causalité, [...] mais également selon un autre principe, foncièrement différent de celui de la causalité, mais pour lequel il n'existe malheureusement pas jusqu'à présent de dénomination reconnue d'une façon générale »⁵⁷. C'est grâce à ce principe, appelé principe d'imputation, que la science du droit peut être séparée des autres sciences empiriques et revendiquer le titre de science autonome.

Ce chapitre est organisé de la manière suivante. La section 1 développe la conception de Hans Kelsen sur la science du droit en insistant sur l'opposition entre les principes de causalité et d'imputation (section 1.1) et sur la définition de l'objet de la science du droit (section 1.2). Cet objet, la norme juridique, est la signification d'une prescription, localisée dans la sphère du « devoir être », et s'exprime à l'aide d'un principe d'imputation. Ce

⁵⁶ On admettra que les sciences de la nature se bornent pour l'essentiel à décrire leur objet. Assertion discutable puisque certaines d'entre elles modifient également leur objet. Pensons, par exemple, à certains « progrès » dans le domaine de la génétique (manipulation génétique, clonage) qui ne sont pas neutres sur l'objet d'étude et nécessitent la mise en place d'une bioéthique. Il nous semble que cette conception des sciences de la nature est quelque peu schématique dans l'ouvrage de Hans Kelsen.

⁵⁷ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, 367 p.

principe ne se limite pas à décrire la structure d'une norme, mais s'étend à la description de la structure de l'ordre juridique. Ce principe permet de définir une relation qui met en connexion les normes. La relation de validité est cette relation qui structure les normes au sein d'un système juridique. La section 2 est consacrée à l'exposé de la relation de validité. Précisément, la section 2.1 expose la théorie de Hans Kelsen selon laquelle les normes sont structurées à l'aide de la relation de validité dont une représentation métaphorique est la pyramide. La section 2.2 revient sur la controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen sur la question du rapport entre validité et efficacité du droit. Cette controverse révèle la difficulté de la *Théorie pure du droit* à proposer une science du droit empirique. Michel Troper⁵⁸ expose les termes de cette controverse, présente une défense de Hans Kelsen, puis propose une « voie moyenne » entre une approche purement normativiste centrée sur la sphère du « devoir être » et une approche purement empirique centrée sur la sphère de l'« être ». Cette « voie moyenne » a, selon Michel Troper, le mérite d'échapper au dilemme énoncé à l'issue du chapitre 1.

Section 1 : La spécificité de la science du droit

La section 1 présente la conception de Hans Kelsen de la science du droit en insistant sur l'opposition entre les principes de causalité et d'imputation (section 1.1) ainsi que la définition de l'objet de la science du droit (section 1.2).

1.1. Causalité *versus* imputation

Selon Hans Kelsen, la spécificité de la science du droit s'exprime dans l'opposition entre causalité et imputation. On détaille successivement ces deux notions.

Dans les sciences empiriques, les relations qu'entretiennent les faits entre eux sont des relations causales de type « si l'événement A est, alors l'événement B est ». Il faut remonter à David Hume et à sa théorie de l'esprit humain pour saisir quels sont les actes de l'esprit qui nous font découvrir les relations entre les causes (l'événement A) et leurs effets (l'événement

⁵⁸ **TROPER M.**, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002-1, numéro 50, p. 43-57. Repris dans **TROPER M.**, *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 19-34.

B). Dans *L'enquête sur l'entendement humain*,⁵⁹ David Hume opère une distinction entre deux types d'objet de connaissance. Ceux qui ont trait aux relations entre les idées et ceux qui ont trait aux relations entre les faits⁶⁰.

Dans la conception sensualiste de David Hume, une idée est ce qui est présent à notre esprit lorsque nous réfléchissons à une sensation ou à un objet. Une idée n'est rien de plus qu'une copie ou une transformation d'une sensation ressentie lors d'une expérience. Les relations entre les idées n'ont aucun lien nécessaire avec les faits. Toutes les disciplines dans lesquelles les propositions sont obtenues par un raisonnement déductif ont trait à la connaissance des relations entre les idées. La connaissance obtenue par ce raisonnement est vraie à l'intérieur du système formel considéré. Un système formel est la modélisation d'un langage abstrait à partir de mots (les symboles), d'un procédé de constructions de mots, d'un ensemble fini de mots particuliers, appelés les axiomes, et d'un ensemble de règles d'inférence. Un axiome est une vérité première qui ne nécessite aucune preuve. Un procédé de construction de mots est une loi de transformation sur ces mots comme, par exemple, l'addition ou la multiplication. Les règles d'inférence permettent de réaliser des déductions logiques. Par exemple, la règle d'inférence du *modus ponens* dit que si la prémisse « P est vraie » et « si P alors Q », alors Q est vraie. Une preuve est la dérivation d'un mot à partir d'un ensemble fini de mots et de règles d'inférence. Elle permet de « développer » une idée auparavant « enveloppée » sous une autre forme. La vérité prend ici un tour particulier : il s'agit d'une vérité non contradiction. On s'assure que les propositions que l'on peut construire au sein du système formel ne sont pas contradictoires.

La connaissance des faits n'est pas de même nature que la connaissance qui porte sur les relations entre idées. Le raisonnement sur les faits n'est pas un raisonnement certain qui s'opère par déduction logique. Il s'agit d'un « raisonnement probable » fondé sur l'expérience (observer, écouter, sentir) et le principe d'association de cause à effet. Le fondement de cette connaissance des faits par le principe d'association de cause à effet est un acte de l'esprit qui ne trouve pas sa source dans le raisonnement logique. En effet, si nous avons observé une conjonction constante entre deux phénomènes, la logique n'interdit pas de penser que cette relation ne sera plus valide dans le futur. Si le raisonnement logique n'est pas le fondement de

⁵⁹ HUME D., *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, 1751, trad. française en deux livres, *Enquête sur l'entendement humain*, Flammarion, 1983, et *Enquête sur les principes de la morale*, Flammarion, 1991.

⁶⁰ HUME D., *op.cit.*, Section IV, p. 85.

la connaissance de faits, alors comment peut-on expliquer que nous croyons à l'existence de régularités ou de lois naturelles ? David Hume répond que cette croyance est fondée sur l'expérience : « les causes et les effets peuvent se découvrir non par la raison mais par l'expérience »⁶¹. Nous avons observé dans le passé telle ou telle connexion entre des faits et nous croyons que le futur ressemblera au passé. Mais quel est le mécanisme qui nous pousse à croire que les situations futures seront similaires aux situations passées ? La réponse de David Hume est que la répétition de situations similaires crée une accoutumance ou une habitude qui « produit une tendance à renouveler le même acte ou la même opération de l'esprit sans l'impulsion d'aucun raisonnement ou processus de l'entendement »⁶². Il résulte que le processus de connaissance des faits est réduit à une question d'habitude dépourvue de validité logique. Nous pensons avoir une expérience des liaisons causales, mais ce ne sont jamais que les termes de la relation qui nous sont donnés par l'expérience sensible ou par la conscience immédiate ; nous ne parvenons jamais à accéder à la connaissance de la relation causale elle-même. La causalité est donc moins dans les choses que dans l'esprit. A la racine de la relation causale, il y a donc, selon David Hume, une confusion entre l'habituel et le nécessaire. Cette thèse est ce que l'on nomme la « guillotine de Hume ». Dans les termes de Hans Kelsen, cette thèse indique qu'il n'existe aucune règle d'inférence logique qui permette de déduire un « devoir être » d'un « être ».

Michel Troper précise que l'on peut comprendre cette séparation entre le « devoir être » et l'« être » de deux manières⁶³. Soit on la saisit comme une distinction purement logique entre deux types de langages, soit on la saisit comme une opposition proprement ontologique. Dans le premier cas, et c'est la position de David Hume, il n'existe aucun fondement logique à formuler une prescription à partir d'un jugement de fait. Ce n'est pas parce que A est que B doit nécessairement être. Dans le second cas, la séparation se traduit par l'existence de deux sphères. La première est la sphère de l'« être », la seconde est celle du « devoir être ». Chacune aurait une existence propre et spécifique. Cette seconde conception est utilisée par Hans Kelsen pour définir une norme et la dissocier des faits sociaux.

⁶¹ HUME D., *op.cit.*, Section IV, p. 87.

⁶² HUME D., *op.cit.*, Section V, p. 106.

⁶³ TROPER M., « Un système pur du droit : Le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P., (dir.), *Le force du droit, Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 121.

Hans Kelsen opère une distinction nette entre la manière dont les sciences empiriques mettent en relation les faits et la manière dont le droit unit un fait à un autre fait. Dans les sciences empiriques, le principe de cause à effet a pour fonction de mettre en relation des faits observables afin de décrire un ordre des choses⁶⁴. En droit, les faits dont il est question ne sont pas toujours des faits observés, mais résultent d'une décision qui attribue ou impute un fait à un autre fait. Cette relation d'imputation désigne une « connexion établie entre une conduite humaine et la condition sous laquelle elle est prescrite ou défendue par une norme »⁶⁵. Cette relation s'exprime par des énoncés du type « Si l'événement A est, alors l'événement B doit être ». Le principe d'imputation impose donc la forme suivante aux énoncés : « Si tels événements ou conditions sont satisfaits, alors une certaine conséquence doit intervenir ». Une première différence d'avec le principe de cause à effet est que le principe d'imputation n'entraîne en aucune façon (certaine ou probable) que « cette conséquence » interviendra en réalité : « En particulier la science du droit ne peut pas énoncer que, selon un ordre juridique donné, si un délit est commis, une sanction intervient effectivement. En produisant semblable assertion elle se mettrait en contradiction avec les faits »⁶⁶. Une seconde différence est que la relation qui lie l'évènement A à l'évènement B ne résulte pas d'un acte habituel de l'esprit, mais résulte d'une autorité qui veut que B se réalise si A survient. En conséquence, lorsque la science du droit décrit son objet (les normes de conduite posées par une autorité) à l'aide de ce principe d'imputation, ce dernier n'est pas uniquement l'instrument de connaissance, il existe objectivement dans le droit. *A contrario*, un sceptique comme David Hume ne croit pas que la relation de cause à effet se situe objectivement dans l'objet étudié ; elle est localisée dans l'esprit de celui qui observe son objet. Grâce à ce principe d'imputation, Hans Kelsen pense la science du droit comme une science autonome qui décrit les ordres normatifs de la conduite humaine.

1.2. L'objet de la science du droit : les normes juridiques

Si l'on appréhende le droit comme une collection de décisions dont l'expérience sensible peut rendre compte et non pas un ensemble de valeurs constituées par des normes de conduite posées par une autorité en vue de régler les comportements humains, alors, selon Hans Kelsen, il n'y a pas de différence de nature entre la science du droit et les sciences empiriques : on peut lui appliquer le principe de causalité. Dans un tel cas, l'étude des

⁶⁴ KELSEN H., *op.cit.*, p. 83.

⁶⁵ KELSEN H., *op.cit.*, p. 100.

⁶⁶ KELSEN H., *op.cit.*, p. 87.

décisions prises par les autorités se résume à l'analyse des effets que telle ou telle décision peut engendrer sur la réalité sociale, et la science du droit se ramène à faire des prédictions sur la façon dont les personnes se comporteront. En conséquence, cette science nouvelle doit dégager un objet spécifique, puis énoncer les principes et méthodes permettant l'accès à la connaissance de cet objet.

La pensée de Hans Kelsen s'articule en deux temps. D'un côté, les actes de droit sont des faits perceptibles par les sens et ces faits existent indépendamment de toute signification que l'on peut leur attribuer. Ce qui confère à ces actes une qualité juridique est une signification objective, c'est-à-dire une signification selon le droit. Hans Kelsen prend l'exemple de la différence de signification entre un meurtre et l'exécution d'un jugement de condamnation à la peine de mort. Cette différence n'est pas un fait perceptible par les sens puisque une personne perd la vie quelle que soit la signification qu'on attribue à cet acte⁶⁷. Cette différence « n'apparaît qu'à la suite d'un processus intellectuel ; elle résulte de la confrontation de ce fait avec le Code pénal et le Code de procédure pénale »⁶⁸. Ces faits extérieurs, en recevant une signification objective, deviennent des actes de droit ou des actes contre le droit si l'interprétation signale qu'ils sont illicites. Ce ne sont pas ces faits extérieurs (le fait que quelqu'un perde la vie) et les relations causales qu'ils entretiennent les uns avec les autres que la science du droit étudie, mais plutôt les significations qui confèrent à ces actes un caractère juridique. Ces significations selon le droit expriment que quelque chose *doit* se réaliser si tel ou tel événement survient. Ces significations juridiques assignées aux actes sont les normes en tant qu'elles expriment, via une relation d'imputation, un « devoir être » et non pas un « être » ; elles relient deux faits à l'aide d'un verbe déontique (devoir, autoriser, interdire) afin de rendre compte de la normativité du droit. Ces significations n'ont pas vocation à prédire le droit mais à le décrire tel qu'il est.

Les normes qui constituent l'ordre juridique ont certaines caractéristiques :

(a) Une norme juridique émane d'un acte de volonté, par exemple la volonté d'un législateur. Cette volonté est certes un fait, donc un « être », mais elle veut un « devoir être ».

⁶⁷ KELSEN H., *op.cit.*, p. 12.

⁶⁸ KELSEN H., *op.cit.*, p. 13.

(b) Ce « devoir être » existe ou persiste (1) indépendamment de la volonté du législateur, et (2) indépendamment de son application. Le point (1) indique que ce n'est pas la volonté du législateur, c'est-à-dire la signification subjective du législateur qui souhaite obtenir un acte d'autrui, qui détermine la norme, mais sa signification objective, désintéressée. Ce « devoir être » qui englobe la prescription, l'autorisation et l'habilitation, persiste même lorsque la volonté a cessé d'exister ou que le destinataire du « devoir être » ignore sa signification objective. Une norme qui existe au sein d'un ordre juridique est dite valide. Le point (2) renvoie au caractère effectif d'une norme en signalant que l'observation empirique des actes prescrits, autorisés, habilités, n'est pas le critère pertinent pour déterminer si une norme est valide ou non. Il faut donc distinguer la conduite qui « doit être » en vertu d'une certaine norme, de la conduite effective, accessible à la réalité sensible.

(c) Si une norme exprime « Si A alors B doit être », il ne faut pas pour autant en conclure qu'elle est un commandement (une volonté), auquel cas le « devoir être » se réduirait à un « être ». Une norme exprime simplement l'idée que quelque chose « doit être » en se détachant de l'« être » (la volonté) dont elle est l'origine. Cette distinction, nous dit Hans Kelsen, « ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate »⁶⁹, c'est une catégorie *a priori* de l'esprit. Une norme est donc un concept qui appartient à la sphère du « devoir être »⁷⁰.

Les fondements de la validité et les rapports entre la validité et le caractère effectif d'une norme sont l'objet de la section suivante de ce chapitre.

Section 2 : La validité : recherche d' « une voie moyenne »

La section 2 est consacrée à l'exposé de la relation de validité. On présentera la théorie de Hans Kelsen selon laquelle les normes sont structurées à l'aide de la relation de validité dont la représentation métaphorique est la pyramide (section 2.1). Ensuite, on reviendra sur la

⁶⁹ KELSEN H., *op.cit.*, p. 14.

⁷⁰ On dit aussi qu'il s'agit d'une conception hylétique de la norme. Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, le préfixe « hyl » provient du grec « hulê » qui signifie « matière dont une chose est faite ». Cette conception hylétique a engagé un débat entre logiciens pour savoir s'il était possible de concevoir une logique des « devoir être ». Hans Kelsen pensait qu'il était possible de développer une logique formelle des normes dans la *Théorie pure du droit*, mais il semble qu'il ait abandonné cette idée dans la *Théorie générale des normes*. Nous reviendrons sur cet aspect dans le chapitre 3. Michel Troper aborde cette question au chapitre 3 de la *Théorie juridique de l'Etat*, et au chapitre 4, section 2 de la *Philosophie du droit*, « Que sais-je ? ».

controverse engagée entre Alf Ross et Hans Kelsen sur la question du rapport entre validité et efficacité du droit (section 2.2).

2.1. Validité, structure du droit et efficacité dans la *Théorie pure du droit*

Hans Kelsen aborde la question de la validité des normes dans la section 4 du Titre 1, puis dans la section 36 du Titre V de la *Théorie pure du Droit*.

Dans la section 4 du Titre 1, la validité d'une norme est son mode d'existence au sein de l'ordre juridique. Cette existence est spécifique car la norme est distinguée de l'existence de l'acte de volonté qui la pose et dont elle constitue la signification objective. L'acte de volonté correspond au texte soumis à l'interprétation afin de dégager une signification ; cette volonté est celle du législateur au moment de la réalisation et du vote de ce texte. Cet acte appartient à la sphère de « l'être » alors que la norme se détache des faits dès que le texte posé reçoit une signification selon le droit. En effet, une norme continue de valoir bien après que cet acte de volonté a cessé d'exister et indépendamment du fait qu'elle soit effectivement appliquée⁷¹. Le point important ici est que la validité d'une norme est une propriété formelle qui sanctionne son existence au sein de l'ordre juridique et non pas une propriété empirique accessible par les sens. Cette question du rapport entre la validité et les faits est un point épineux qui recevra une attention plus approfondie dans la section 36 du Titre 5 : « On reviendra ultérieurement sur cette très importante question du rapport entre validité et “efficacité” des normes juridiques »⁷². Cette difficulté à établir un rapport entre la validité de la norme et un fait résulte de l'application de la « guillotine de Hume » : « De ce que quelque chose est, il ne peut s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose est »⁷³.

Si la validité d'une norme est son mode d'existence au sein de l'ordre juridique, alors la question est repoussée à celle des fondements de la validité d'une norme. Et, si la validité d'une norme ne peut être inférée d'un fait, alors elle doit découler d'un « devoir être », c'est-à-dire d'elle-même, ce qui est évidemment absurde, ou bien d'une autre norme. Hans Kelsen n'écrit pas autre chose : « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement

⁷¹ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 19.

⁷² **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 20

⁷³ Cf. Section 2.1 de ce chapitre et **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 193.

de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle »⁷⁴. L'expression « ordre juridique » prend ici tout son sens. Le système juridique n'est pas décrit comme une collection de normes, mais comme une collection ordonnée de normes. Il s'ensuit que le fondement de la validité des normes ne se situe pas dans chacune de ces normes prises isolément, mais dans les rapports qui les lient les unes aux autres. Chaque norme est dépendante d'une autre norme et c'est cette relation de dépendance qui fonde la validité d'une norme au sein d'un ordre juridique donné. En d'autres mots, la validité est un concept relationnel, défini dans la sphère du « devoir être », et dont la fonction est de mettre en connexion deux ou plusieurs normes entre elles au sein d'un système juridique. Par exemple, la norme qui ordonne « Que tout meurtrier doit être puni » peut tirer sa validité de la norme supérieure qui prescrit que « Que l'on doit aider son prochain ». Insistons encore une fois sur le fait que la « pureté » de la théorie du droit impose que l'on ne doit pas énoncer de jugements de valeur sur le contenu de ces normes, la science du droit se borne à décrire la structure de l'ordre juridique.

Mettre au jour la relation de précedence entre une norme « supérieure » et une norme « inférieure » est équivalent à fonder la validité de la norme dite inférieure. Cette application récursive de la relation de précedence peut, formellement, se poursuivre indéfiniment. En pratique, dans tout ordre juridique, la régression se termine après un nombre fini d'étapes et toute régression aboutit à une seule et même norme à partir de laquelle toutes les autres normes tirent leur validité. Cette norme suprême est la norme fondamentale : « La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les autres normes qui appartiennent à un seul et même ordre ; elle est le fondement commun de leur validité [...] C'est cette norme fondamentale qui fonde l'unité d'une pluralité de normes, par le fait qu'elle représente le fondement ultime de la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre »⁷⁵. Par construction, la norme fondamentale ne tire sa validité d'aucune autre norme. Elle n'est donc pas posée par un acte de volonté, car sinon elle cesserait d'être suprême. Si elle n'est pas posée alors elle doit être supposée⁷⁶.

On aboutit à une première caractérisation du concept de validité : la validité désigne une propriété formelle définie à l'aide d'une relation qui ordonne les normes les unes par

⁷⁴ KELSEN H., *op.cit.*, p. 194.

⁷⁵ KELSEN H., *op.cit.*, p. 195.

⁷⁶ KELSEN H., *op.cit.*, p. 194.

rapport aux autres. Hans Kelsen parle de « connexion fonctionnelle spécifique » dans la sphère du « devoir être » pour signifier qu'il est ici question d'une logique formelle des normes et non d'une propriété que l'on pourrait découvrir par l'expérience sensible. Voici quelques propositions scientifiques supplémentaires sur cette relation de validité qui nous permettra de fournir une meilleure caractérisation de la structure de l'ordre juridique. Premièrement, puisqu'une norme quelconque N, y compris la norme fondamentale, ne tire pas sa validité d'elle-même, l'assertion « la norme N tire sa validité de N » est une assertion fausse. Si une assertion est fausse, alors sa négation est vraie (principe logique du tiers exclu) : la relation de validité est donc une relation irreflexive. Deuxièmement, considérons deux normes distinctes appartenant à un ordre juridique, disons N(1) et N(2), telles que N(2) tire sa validité de N(1), alors l'assertion réciproque « N(1) tire sa validité de la norme N(2) » est fausse, puisque si une norme supérieure fonde la validité d'une norme inférieure, alors la norme inférieure ne peut fonder la validité de la norme supérieure. On conclut que la relation de validité est asymétrique. Troisièmement, si une norme N(3) tire sa validité d'une norme N(2) et que cette norme N(2) tire sa validité d'une norme N(1), alors l'assertion « la norme N(3) tire sa validité de la norme N(1) » est vraie. Cette propriété, dite propriété de transitivité, est un peu plus délicate à saisir et nécessite une interprétation supplémentaire. Cette inférence logique provient de l'assertion suivante : « Toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un ordre normatif. La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un même ordre normatif »⁷⁷. Par ce biais, Hans Kelsen pointe deux propriétés qu'il faut distinguer soigneusement. La première est que « la quête du fondement », symbolisée par une chaîne de relations du type la norme N(t) tire sa validité de la norme N(t-1), la norme N(t-1) tire sa validité de la norme N(t-2) ... se termine nécessairement après un nombre fini d'étapes. La seconde est que toute chaîne de relations de ce type se termine par une relation du type la norme N(1) tire sa validité de la norme fondamentale, ce qui est une manière équivalente de dire que « la norme fondamentale est la source commune de la validité ». De ces deux points, on tire que deux normes appartenant à la même chaîne de validité sont en relation. Certes, cette relation n'est pas forcément directe, mais on peut tout de même affirmer que toute norme appartenant à cette chaîne tire (indirectement) sa validité de toute autre norme située plus en amont au sein de cette chaîne en faisant appel de manière récursive à la relation de validité. Une manière alternative de formuler cette idée est de dire que la validité appelle la

⁷⁷ KELSEN H., *op.cit.*, p. 196.

validité, excepté pour la norme fondamentale qui est supposée. Finalement, l'ordre juridique peut être décrit par une relation irreflexive, asymétrique, transitive, et possédant une seule source (la norme fondamentale) à partir de laquelle des chaînes finies de relations de validité s'enracinent. D'où l'idée d'un emboîtement de significations à la manière d'une pyramide jusqu'à son sommet. Précisons encore une fois que la relation de validité est une relation d'imputation : il ne faut dire qu'une norme supérieure est cause de la validité d'une norme inférieure. Il faut dire que la norme supérieure fonde la norme inférieure. Par exemple, si une norme N prescrit « si l'événement A survient, alors l'événement B doit être », alors, la volonté de l'autorité (un « être ») qui pose la norme N ne cause pas la validité du « devoir être » inscrit dans cette norme. C'est une norme supérieure qui la fonde en prescrivant que l'autorité en question est compétente pour prescrire un comportement si A survient. On saisit ainsi pourquoi Hans Kelsen, dans la *Théorie pure du droit*, pense cette relation de validité comme une « connexion fonctionnelle spécifique ».

Il existe deux principes qui donnent son unité à l'ordre juridique : le principe statique et le principe dynamique. Il est possible qu'un même système juridique combine ces deux principes. La représentation ci-dessus, quoique utile comme schéma d'interprétation de la relation de validité, ne rend pas pleinement compte de ces deux principes. Le système juridique n'est pas un ensemble ordonné de normes juridiques fixées une fois pour toutes, il règle lui-même la création du droit. A cette fin, Hans Kelsen scinde les ordres normatifs en deux catégories : les ordres statiques et les ordres dynamiques.

Le principe statique indique que la validité d'une norme se mesure à son contenu : une norme N(2) est valide parce que son contenu se laisse subsumer dans le contenu de la norme supérieure N(1). Par exemple si la norme N(2) prescrit que les « personnes d'une assemblée doivent voter selon leur préférence et non de manière stratégique » et que la norme N(1) prescrit que « toute personne impliquée dans un processus de décision doit être sincère », alors le contenu de N(2) se laisse subsumer dans le contenu de N(1) : on régresse du particulier vers le général dans l'ordre juridique. Comme conséquence, et par transitivité, le contenu de toutes les normes découle du contenu de la norme fondamentale qui fournit à la fois le fondement et le contenu de la validité de toute autre norme.

Le principe dynamique indique que la norme fondamentale institue un fait créateur de normes, elle habilite des autorités à produire des normes selon une certaine procédure, ou ce

qui revient au même, elle délègue la création de normes en contrôlant leur mode d'édiction mais non leur contenu : la norme fondamentale ne contient « rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de norme, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes »⁷⁸. De ce fait, et à la différence du principe statique, il est ici impossible de déduire de la norme fondamentale le contenu d'une autre norme. Une norme n'est pas valide parce que son contenu est conforme à la norme supérieure ; une norme est valide parce que la norme supérieure est habilitée à créer des normes. Par exemple, la norme fondamentale peut instituer la coutume comme fait créateur de normes.

2.2. Validité, obligation et efficacité : de la controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen à la relecture réaliste de Michel Troper

Dans la *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen a conscience que fonder la validité dans la sphère du « devoir être » sans porter attention au lien qui l'unit avec l'efficacité du droit est insoutenable dans l'optique d'une science empirique du droit. Il faut donc trouver une « voie moyenne » entre deux positions extrêmes. Alf Ross, membre du courant du réalisme scandinave, partage avec Hans Kelsen la conviction qu'une science du droit, descriptive et non prescriptive, à l'image des sciences de la nature, est concevable. A ce point de convergence s'ajoute un point de rupture : la science du droit ne sera pas une science des fictions située dans une sphère autre que la sphère des faits sociaux. Il faut reconstruire la *Théorie pure du droit*, en particulier le concept de validité en le fondant sur l'efficacité du droit. Hans Kelsen répond aux attaques de Alf Ross⁷⁹ au Titre V, section 36 (g), note 7, ainsi que dans un article dont nous utiliserons la traduction par Charles Eisenmann publiée en 2000⁸⁰. Michel Troper propose une lecture critique du débat ouvert entre Alf Ross et Hans Kelsen⁸¹. Nous analyserons successivement la position de Hans Kelsen sur le rapport entre la validité et l'efficacité dans la *Théorie pure du droit*, la critique de Alf Ross puis les réponses de Hans Kelsen, et enfin la lecture critique de Michel Troper.

⁷⁸ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 196.

⁷⁹ **ROSS A.**, *Towards Realistic Jurisprudence, Copenhagen, 1946* et « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », in *Revista Juridica de Buenos-Aires*, vol. IV, 1961, p. 46-93.

⁸⁰ **KELSEN H.**, « Une théorie “ réaliste ” et la *Théorie pure du droit*. Remarques sur On Law and Justice d'Alf Ross », trad. française in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 19.

⁸¹ **TROPER M.**, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002-1, numéro 50, p. 43-57. Repris dans **TROPER M.**, *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 19-3

A la recherche d'une « voie moyenne »

La section précédente a consisté à montrer que, dans la *Théorie pure du droit*, la « connexion fonctionnelle spécifique » mettant les normes en relation ne peut être inférée d'un fait, en particulier du fait que la norme est effectivement appliquée et suivie. Ici apparaît une notion distincte de la validité : l'efficacité. Elle se définit par le fait que les conséquences attachées à une certaine conduite se produisent lorsque le comportement est réalisé. Si une norme déclare que le voleur doit être puni de cinq mois de prison, alors cette norme est efficace si, lorsqu'un voleur est jugé, alors il est puni de cinq mois de prison : « l'efficacité de la norme se réduit au fait qu'elle est suivie ou obéie par ceux sur la conduite desquelles elle porte »⁸². Cette distinction est clairement formulée dès la section 4 du Titre 1 : « Puisque une norme constitue un « devoir être », et non un « être », elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de l'« être » que la norme est effectivement appliquée et suivie, que le comportement qui y correspond se produit effectivement »⁸³.

Toutefois, Hans Kelsen ne rejette pas l'idée qu'il puisse y avoir une « certaine corrélation entre validité et efficacité », car, après tout, une norme qui « n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais [...] c'est-à-dire qui ne bénéficie pas d'un minimum d'efficacité n'est pas reconnue comme une norme valide »⁸⁴. On est fatalement conduit à penser qu'une norme complètement dépourvue d'efficacité d'une façon durable ne serait plus considérée comme valable. Une manière d'interpréter cette position est de dire que la relation de conformité à une norme supérieure est une condition nécessaire mais non suffisante de la validité d'une norme. Cependant, on peut tout aussi bien soutenir l'interprétation réciproque : l'efficacité est une condition nécessaire mais non suffisante. En fait, l'interprétation la plus vraisemblable est de dire que la relation de conformité à une norme supérieure fonde la validité à condition que cette norme ne soit pas totalement dépourvue d'efficacité. La citation suivante peut se lire dans ce sens : « l'effectivité est une *condition* de la validité des normes juridiques en tant qu'il faut qu'elle s'*ajoute* à leur édicition pour qu'elles ne *perdent* pas leur validité »⁸⁵ (c'est nous qui soulignons). Si l'efficacité ne s'ajoute pas, alors une norme perdra sa validité, étant entendu qu'elle avait auparavant cette qualité fondée sur la relation de

⁸² **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J, coll. « La pensée juridique », réédition 1999, p. 19.

⁸³ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 19.

⁸⁴ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 19.

⁸⁵ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 19.

conformité à la norme supérieure. C'est dans ce sens que nous comprenons le rapport entre validité et efficacité dans la *Théorie pure du droit*. Hans Kelsen parle de « position moyenne » entre deux positions extrêmes intenables : la validité en tant que relation formelle *versus* la validité réduite à l'efficacité.

La critique de Alf Ross

Comme le note Michel Troper, les controverses entre Hans Kelsen et Alf Ross ont été nombreuses et portent sur de nombreux points⁸⁶. Si les deux auteurs partagent bien la volonté commune de créer une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, ils divergent sur le statut des faits dans la théorie. Au Titre V, section 36 (g), note 7, Hans Kelsen répond à une critique formulée par Alf Ross dans son ouvrage *Towards a Realistic Jurisprudence*. Cette critique porte sur le dualisme entre l'« être » et le « devoir être » tel qu'il s'incarne dans les concepts d'efficacité et de validité. Cette critique est suivie d'une tentative de dépassement à laquelle Hans Kelsen réagit. Soulignons encore une fois (cf. chapitre 1, section 2.2) que Alf Ross ne rejette pas les concepts de validité et d'efficacité ; il tente de les reconstruire dans une perspective réaliste, c'est-à-dire avec la conviction que ce sont des concepts distincts, connaissables par une théorie du droit dans laquelle le droit est appréhendé comme un fait social.

Le position de Hans Kelsen est clairement exprimée dès le début de la note 7 : cette tentative de dépassement du dualisme est un « exemple typique d'une théorie réaliste. [...] Mais cette tentative conduit à une théorie qui est pleine de contradictions internes »⁸⁷. Hans Kelsen décompose l'argumentation de Alf Ross, puis répond à chacun des points soulevés par la critique. La note 7 est construite de la manière suivante.

(a) Alf Ross part de l'idée que la science du droit est une connaissance de la conduite effective des individus et par suite qu'elle est psycho-sociologique.

⁸⁶ TROPER M., *op.cit.*, p. 19.

⁸⁷ KELSEN H., *op.cit.*, p. 212.

(b) Puisque le droit aurait essentiellement une expression empirique, que c'est un fait social, et non une collection ordonnée de significations, le dualisme « être » et « devoir être » se dissout.

(c) Etant donné que la validité comme mode d'existence d'un « devoir être » ne peut être inféré d'un « être » (guillotine de Hume), Alf Ross conclut que la validité, telle que définie dans la section 2.1, est vidée de son contenu.

Hans Kelsen note que le point (c) découle du présupposé (a), c'est-à-dire que toute connaissance du droit est une connaissance de fait. Hans Kelsen n'a pas d'autres choix que de rejeter ce présupposé puisque son propre présupposé concernant la théorie du droit est tout autre : une théorie pure du droit décrit des « devoir être » qui sont les significations d'actes empiriques posés dans l'espace et le temps⁸⁸. C'est uniquement dans ce sens très spécifique que la science du droit est une science empirique. Il s'ensuit que la connaissance empirique du droit n'est pas une méthode pertinente pour accéder à la validité. Elle conduit inévitablement à une conception du droit comme un agrégat de comportements d'actes effectifs de conduite et non comme un ordre de normes valables.

(d) Cependant, Alf Ross rejette également l'idée que le droit serait uniquement « un agrégat de comportements d'actes effectifs de conduite », car cela aboutirait *de facto* à une déconstruction de la spécificité de la science du droit, et donc invaliderait le projet d'autonomisation de la science du droit.

Ailleurs dans la *Théorie pure du droit* (Titre 3, section 21), Hans Kelsen s'oppose fermement aux tentatives réalistes qui réduisent le droit à un ensemble de faits psychosociologiques. Même si la section 21 ne mentionne aucun auteur en particulier, on peut inférer, compte tenu du point (d), que sa critique vise essentiellement le réalisme américain. Si l'on considère que le droit est une collection de décisions dont l'expérience sensible peut rendre compte et non pas un ensemble de valeurs constituées par des normes posées par une autorité en vue de régler les comportements humains, alors il n'y a pas de différence de nature entre la science du droit et les sciences de la nature, et l'on peut appliquer le principe de causalité. En effet, dans un tel cas, l'étude des décisions prises par les autorités (législateur,

⁸⁸ KELSEN H., *op.cit.*, p. 19.

juges) se résume à l'analyse des conséquences effectives que telle ou telle décision peut engendrer ou permet d'éviter, et la science du droit se ramène à faire des prédictions sur la façon dont les personnes se comporteront. Une théorie causale peut, par exemple, se demander quelles sont les causes (économiques, sociales, politiques) qui ont poussé un juge à prendre telle ou telle décision et quelles sont les effets attendus de ces décisions. En revanche, si l'on adhère à l'idée que le droit est un système ordonné de significations, alors le degré de correspondance des comportements prescrits aux comportements effectivement observés n'est pas le critère de rejet de la théorie, car les normes ne sont pas dirigées vers le monde extérieur. La *Théorie pure du droit* n'analyse pas le « vouloir » (les décisions) et les représentations sociales des normes juridiques (les croyances des personnes sur les effets des décisions judiciaires), mais décrit les normes juridiques en tant que significations objectives. Si c'était le cas, les actes de création du droit ne seraient que des moyens de provoquer une certaine conduite désirée, c'est-à-dire se ramèneraient à des causes produisant certains effets. Le point (d) indique que la théorie de Alf Ross ne se rangerait pas dans cette catégorie de réalistes. Hans Kelsen conclut naturellement :

(e) Le point (d) contraint Alf Ross à fournir une interprétation alternative de la notion de validité. Sa proposition se résume à dire que la validité prend sa source dans un fait : elle est acceptation ou reconnaissance du caractère obligatoire de la signification d'un acte. Cette reconnaissance ou opinion est celle de « l'attitude du comportement désintéressé ». La crainte de la sanction, couplée à cette reconnaissance est, selon Alf Ross, le motif de l'obéissance juridique, c'est-à-dire ce qui fonde la validité des normes.

Hans Kelsen conclut assez facilement que dans cette acception la validité n'est rien d'autre que la représentation que l'on doit se comporter en conformité avec l'ordre normatif. Cette perspective n'est pas une vision alternative de la notion de la validité, mais bien sa dilution dans la notion d'efficacité, un fait psycho-sociologique. De plus, cela implique que si le droit est donné, cette représentation doit être donnée à l'esprit des individus, ce qui n'est manifestement pas le cas : des personnes peuvent bien se comporter en conformité avec le droit sans que cette représentation soit donnée à l'esprit. Ils peuvent se comporter en conformité avec le droit pour d'autres raisons, par exemple pour des raisons religieuses ou tout simplement pour éviter des désagréments sociaux. Et surtout, il est bien rare que les individus intellectualisent la norme juridique. Le point (e) produit de fâcheuses conséquences : si la validité du droit se confond avec le sentiment d'obligation de se comporter en

conformité avec le droit, alors la validité se dilue dans l'efficacité, et la science du droit est réduite à prédire les comportements qui auront probablement lieu à l'avenir. On revient ainsi à la position du juge Oliver W. Holmes dont nous avons déjà mentionné l'adage : le « droit n'est rien de plus qu'une prédiction de ce que les juges feront », ou, pour le dire à la façon de Hans Kelsen, « des assertions sur une conduite qui aura vraisemblablement lieu dans l'avenir ». Hans Kelsen insiste sur le fait que l'intérêt de circonscrire la validité à la sphère du « devoir être » est justement d'éviter d'analyser l'obligation à respecter les normes valides comme un objet perceptible par les sens. Au contraire, c'est une hypothèse, en l'occurrence la norme fondamentale, qui fonde la validité de toutes les normes juridiques en leur conférant un caractère obligatoire selon le droit. L'efficacité est une condition qui s'ajoute afin que la norme ne perde pas sa validité, elle ne la fonde pas. Cette « position moyenne » est cohérente avec sa conception de la science du droit qui doit se borner à décrire des « devoir être » qui sont la signification d'actes empiriques posés. Hans Kelsen maintient cette position tout au long de la *Théorie pure du droit*. Elle ne va pas sans créer des confusions ou des malentendus, notamment sur la question du test empirique des propositions de droit. Ce problème est mis en avant par Michel Troper dans sa lecture critique de cette controverse avec Alf Ross.

La lecture réaliste de Michel Troper

En 1961, Alf Ross publie un article sur la conception de la validité dans la *Théorie pure du droit*⁸⁹. Son verdict est toujours aussi sévère puisqu'il conclut que Hans Kelsen ne serait qu'un quasi-positiviste. Après avoir repris l'argumentation de Alf Ross, Michel Troper signale que les critiques manquent leur cible⁹⁰, même si la « voie moyenne » de Hans Kelsen rend difficile l'application d'une méthode véritablement empirique. Michel Troper avance une alternative, sa propre voie moyenne, qui engage la réflexion en direction de la théorie réaliste de l'interprétation. Cette théorie sera exposée dans le chapitre 1 du titre 2 de ce travail. Ici, on présente les arguments de Michel Troper à l'encontre des analyses de Alf Ross. Dans les grandes lignes, ses arguments valident à la fois la lecture que nous avons livrée de la *Théorie pure du droit* et la tonalité de la controverse.

⁸⁹ ROSS A., « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », in *Revista Juridica de Buenos-Aires*, vol. IV, 1961, p. 46-93.

⁹⁰ TROPER M., *op.cit.*, p. 22.

Au préalable, il faut signaler que la controverse glisse en direction de la question de l'obligation juridique. La raison est que Hans Kelsen assimile la validité à l'obligation et conçoit l'ordre juridique comme un ordre de contraintes. La norme juridique a un caractère obligatoire dans la mesure où le destinataire d'une norme est considéré comme obligé de se comporter conformément au « devoir être » de cette norme, et ce, même si sa signification lui échappe. Même dans le cas où l'obligation n'est pas ressentie par le destinataire, le caractère obligatoire de la norme ne disparaît pas. On présuppose (car la validité d'une norme tire *in fine* son fondement de la norme suprême qui est supposée) que l'on doit se conduire comme la norme le prescrit sous peine de sanctions à toute conduite opposée à l'ordre prescrit.

Alf Ross reformule la controverse en notant deux points de désaccord : l'objet de la science du droit, et la prescription de ce que doit être cette science⁹¹. Ces deux points font effectivement écho à la tonalité du débat présenté plus haut. Tout d'abord, Hans Kelsen définit un objet spécifique, la norme, qui n'appartient pas à la sphère de l'« être ». La validité étant une relation entre des normes, elle appartient à cette sphère, même si elle est conditionnelle à certains faits. Ensuite, selon Hans Kelsen, la science du droit décrit des normes en vigueur et leurs propriétés. Les propositions scientifiques décrivent donc un « devoir être ». Alf Ross conclut que si les normes ne sont pas des faits, elles ne sont pas testables empiriquement. Une théorie empiriste ne peut accepter des propositions qui ne se soumettent pas au test de la vérité correspondance. D'où l'opinion que les concepts forgés par Hans Kelsen, et notamment la validité, sont « dangereux » tant qu'ils ne sont pas examinés à la lumière d'une méthode empirique⁹². Seuls des faits strictement vérifiables empiriquement doivent être retenus. Sinon la science du droit s'expose au risque d'une « infection par la métaphysique »⁹³. La conception de la validité de Hans Kelsen conduirait à prescrire de lui obéir, ce qui n'est rien d'autre qu'énoncer un jugement de valeur sur le droit en vigueur. De la même manière que le jusnaturalisme prescrit d'obéir au droit naturel⁹⁴, la *Théorie pure du droit* prescrirait d'obéir au droit en vigueur. Hans Kelsen ne serait pas un positiviste mais un

⁹¹ MILLARD E., « Deux lectures critiques d'Alf Ross » in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 11.

⁹² Pour Alf Ross, une loi valide est une hypothèse vérifiable à propos du comportement juridictionnel futur et du sentiment spécial le motivant.

⁹³ HART H.L.A., « Le réalisme scandinave », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 46.

⁹⁴ ROSS A., Validity and the conflict between legal positivism and naturel law, *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961 (trad. Français par E. Millard et E. Matzner, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2004, 232 p.).

quasi-positiviste. Compte tenu de ce que nous avons dit sur les propositions de droit, entendues comme acte de connaissance, on ne peut accepter cette conclusion. Rappelons que les propositions de droit décrivent des « devoir être », mais en aucun ne prescrivent de s’y conformer (cf., chapitre 1, section 2.1). Pour parvenir à cette conclusion, Alf Ross avance plusieurs points que Michel Troper synthétise de la manière suivante⁹⁵.

(a) Alf Ross déclare qu’affirmer qu’une norme juridique valide signifie juridiquement obligatoire est une tautologie parce que si une conduite est dite obligatoire lorsqu’une norme prescrit des sanctions en cas de conduite contraire, alors il ne peut pas y avoir d’obligation d’obéir à la norme qui soit distincte de l’obligation d’adopter la conduite prescrite par la norme. En d’autres mots, obéir à une norme qui prévoit des sanctions en cas de comportement déviant signifierait être obligé d’obéir. Alf Ross explique ensuite que le seul moyen d’échapper à cette tautologie est de considérer qu’il y a deux types d’obligation : une obligation juridique et une obligation morale. De ce fait, dire qu’une norme valide est une norme obligatoire se ramènerait à dire qu’il existe une obligation morale de se conformer à la norme valide. Or, le positivisme doit se contenter de décrire le droit positif en s’abstenant de tout jugement de valeur. Le positivisme ne peut donc pas prévoir une obligation morale de suivre la norme.

(b) Alf Ross propose donc de séparer deux concepts de validité. Au sens large, la validité serait un fait social, c’est-à-dire le fait que la norme est en vigueur ou efficace. Au sens strict, la validité serait la qualité d’être obligatoire, c’est-à-dire non seulement juridiquement obligatoire mais aussi moralement obligatoire. Alf Ross maintient que Hans Kelsen emploie le terme de validité au sens strict.

(c) Un autre signe de la nature morale de cette obligation serait l’idée que l’on ne pourrait accepter une règle de droit particulière comme valide et dans le même temps accepter une règle morale interdisant le comportement que la règle juridique prescrit.

(d) La caractère obligatoire ne traduit pas une réalité empirique. Nous avons déjà traité ce point, nous n’y revenons pas.

⁹⁵ TROPER M., *op.cit.*, p. 20.

Prendre la défense de Hans Kelsen sur les points (a), (b) et (c) est un exercice également assez aisé compte tenu de notre exposé sur l'ontologie des normes (section 1 de ce chapitre) et le concept de validité (section 2.2.). Les arguments de Michel Troper s'interprètent naturellement à la lecture de notre présentation.

Premièrement, les arguments de Alf Ross reposent sur une confusion entre obligation morale absolue et obligation juridique relative⁹⁶. Si toutes les normes découlent bien de la norme fondamentale, la norme fondamentale n'est pas une norme de justice et ne sert en aucun cas à justifier une morale spécifique. La norme fondamentale est une hypothèse, Hans Kelsen parle aussi de fiction, dont le seul but est fonder la validité des normes de l'ordre juridique. Toute obligation juridique de se conformer à une norme est *relative* à cette hypothèse et non pas absolue. D'ailleurs, toutes les obligations sont des obligations relatives puisqu'elles lient une signification à une autre signification dans le système. Si la norme N tire sa validité de l'hypothèse de la norme fondamentale, alors N est obligatoire relativement à cette hypothèse. Il n'y a là aucun jugement moral. Lorsque l'on dit qu'une norme est obligatoire, cela signifie qu'elle est objectivement valide relativement à un système juridique institué par une norme fondamentale. L'adjectif permet de distinguer l'ordre du voleur isolé de l'ordre juridique⁹⁷. Dans le cas du voleur isolé, son commandement « la bourse ou la vie » n'a pas été autorisé par une norme supérieure contrairement à celui du précepteur. Pour autant, on ne procède à aucun jugement de valeur sur ces deux ordres : l'un est subjectif et, de ce fait, n'a aucun caractère obligatoire au sens juridique, alors que le second est obligatoire car fondé par une norme fondamentale (la constitution). Par opposition à l'ordre du voleur, l'ordre juridique est également dit objectif puisque la validité des normes émises ne dépend pas de la subjectivité de leur auteur, mais d'une norme supérieure. Ce n'est donc pas l'auteur de cette norme qui commande, mais l'ordre juridique dans son entier.

Quant à la tautologie invoquée par Alf Ross, elle repose également sur une incompréhension de la relation de validité. Il n'est pas vrai que l'obligation d'obéir à la norme N qui prescrit « si A alors B doit être » est équivalent à obéir à B. Cette assertion n'est pas vraie parce que l'obligation d'obéir à N ne découle pas de la volonté de son auteur, mais d'une autre volonté. L'obligation d'exécuter B est une conséquence de l'obligation de la

⁹⁶ TROPER M., *op.cit.*, p. 22.

⁹⁷ KELSEN H., *op.cit.*, Titre 1, section 6 (c) « Le droit en tant qu'ordre normatif. Communauté juridique et « bande de voleurs », p. 51.

validité de la norme N dont le fondement est une norme supérieure posée par une autre autorité. En conséquence, obéir à N c'est reconnaître que la norme N est fondée par une autre norme, et obéir à B c'est se conformer à la volonté de l'auteur de N. L'une découle de l'autre, mais les deux ne se confondent pas : obéir à B est relatif au fait que N est obligatoire. Cette distinction est subtile mais se comprend dès lors que l'on admet que la validité ou l'obligation est une propriété récursive : l'obligation appelle l'obligation. Quant à la norme fondamentale, il n'est pas obligatoire de s'y conformer puisqu'elle ne tire sa validité d'aucune (méta) norme. On présuppose donc qu'elle est valide : « il s'agit d'une décision d'ordre épistémologique », d'un artifice que l'on admet comme vrai parce qu'utile pour atteindre un objectif scientifique. En aucun cas, elle ne possède le statut d'un jugement moral (il est bon de se conformer à la norme fondamentale) ou d'une prescription (il est obligatoire de s'y conformer). Michel Troper formule cette idée avec clarté : « Présupposer une norme fondamentale n'est donc nullement prescrire de se conformer à la constitution, ni affirmer que le droit serait moralement obligatoire, mais seulement adopter la démarche nécessaire à tous ceux qui veulent pouvoir interpréter un acte de volonté quelconque comme ayant la signification d'une norme, quand bien même ils considéreraient qu'il est moralement interdit de lui obéir »⁹⁸.

Reste le point (c). L'analyse de la validité de Hans Kelsen indique qu'une norme juridique ne saurait être invalidée par une norme contraire au sein d'un ordre moral. En effet, la validité ou l'obligation au sein d'un ordre normatif ne saurait être évaluée à l'aune de la validité ou de l'obligation d'un autre ordre normatif. L'obligation est toujours relative à la norme fondamentale qui fonde cet ordre et non à la norme fondamentale qui fonde un ordre concurrent. Il ne saurait être question d'un conflit entre des normes qui n'appartiennent pas au même ordre normatif. Or, l'ordre juridique et l'ordre moral sont deux ordres normatifs distincts. Le premier est un ordre de contraintes qui prescrit des sanctions, si besoin est en utilisant la force physique dirigée contre des conduites opposées à l'ordre juridique⁹⁹. Le second est un ordre social où les sanctions se situent essentiellement dans l'approbation des conduites conformes et dans la désapprobation des conduites non conformes, l'emploi de la force physique n'entrant absolument pas en ligne de compte¹⁰⁰. L'ordre moral est essentiellement sensoriel, alors que l'ordre juridique est essentiellement formel.

⁹⁸ TROPER M., *op.cit.*, p. 28.

⁹⁹ KELSEN H., *op.cit.*, p. 41.

¹⁰⁰ KELSEN H., *op.cit.*, p. 70.

Au terme de la « défense de Kelsen », Michel Troper ne peut que disqualifier le jugement de Alf Ross : « On peut ainsi définitivement écarter le jugement de Alf Ross. Kelsen n'énonce pas une obligation morale d'obéir au droit. Il n'est pas un quasi-positiviste, mais un positiviste véritable, si l'on appelle celui qui veut adopter une approche scientifique du droit, mais refuse l'idéologie selon laquelle le droit positif est bon ou obligatoire de s'y conformer »¹⁰¹.

La critique de Alf Ross manque sa cible. Cependant, elle révèle une nouvelle fois la difficulté de créer une science empirique du droit en posant la définition d'un objet (la norme) comme un « devoir être » qui se détache de l'acte de volonté dont il émane (cf., chapitre 1). Selon Michel Troper, définir la science du droit comme un ensemble de propositions décrivant un objet non empirique conduit fatalement à des difficultés pour construire une science sur le modèle des sciences empiriques¹⁰². Premièrement, que signifie « décrire » si l'objet n'est pas un fait observable ? Deuxièmement, l'obligation relative est un concept juridique, la qualité d'une entité idéale (la norme), différent du sens commun d'acte de l'esprit par lequel chacun se contraint de respecter certaines conduites. D'ailleurs, on peut remplacer le terme « obligation » par le terme « validité » sans confusion possible. Troisièmement, l'obligation se définit en référence à l'obligation, ce qui interdit toute connexion avec la sphère empirique. L'ordre des obligations relatives est défini de manière autonome sans référence à la sphère de l'« être », même si une condition d'efficacité doit s'ajouter afin que l'obligation ne disparaisse pas. Nous faisons face au même type de dilemme que celui que nous avons soulevé à l'issue du chapitre 1 : « On semble alors se trouver en face d'un dilemme : ou bien il faut donner une définition autonome des normes qui soit différente de leur observation, et Ross craint d'être condamné à une définition analogue à celle de Kelsen ; ou bien il définit la norme comme les comportements réels des joueurs, qui peuvent être ou bien tous les hommes ou seulement les tribunaux, mais dans tous les cas on ignorera si et comment ces comportements se distinguent des autres comportements humains »¹⁰³. Il est intéressant de noter que ce dilemme est le fil rouge sur lequel court la pensée de Michel Troper pour tenter de dessiner sa « voie moyenne ».

¹⁰¹ TROPER M., *op. cit.*, p. 30.

¹⁰² Les développements qui suivent sont extraits de la Section 3, TROPER M., *op.cit.*, p. 30.

¹⁰³ TROPER M., *op.cit.*, p. 33.

Cette « voie moyenne » se résume à avancer l'idée que si l'on accepte avec Hans Kelsen que la validité est le mode d'existence des normes (leur appartenance à un ordre juridique), rien ne nous contraint à définir les *conditions* de cette appartenance à travers une relation purement formelle de précédence ou de conformité entre normes dans la sphère du « devoir être ». En effet, si l'on dit avec Hans Kelsen que la norme est une signification d'une prescription émanant d'un acte de volonté, alors la validité est le *fait* que cette signification soit objectivement reconnue par l'ordre juridique. Mais les conditions de cette appartenance sont fournies par un autre *fait* empirique : l'attribution de la signification par un acte d'interprétation authentique. Cet acte et ses contraintes sont d'ordre juridique. On perçoit assez nettement que Michel Troper s'efforce de conserver l'armature de la théorie de Hans Kelsen tout en y introduisant un élément réaliste, l'interprétation des juges, localisée entre l'acte de volonté (un « être ») du législateur et la signification de cet acte (un « devoir être »). Cette théorie réaliste de l'interprétation s'élaborera à partir d'une lecture critique de l'interprétation contenue dans le dernier chapitre de la *Théorie pure du droit*.

**TITRE 2 : DEPASSEMENT DE
HANS KELSEN**

Chapitre 1 :

Une théorie réaliste de l'interprétation

La *Théorie pure du droit* contient une théorie de l'interprétation¹⁰⁴. Elle est reléguée au tout dernier moment de l'ouvrage : « Titre VIII : L'interprétation »¹⁰⁵. Michel Troper note incidemment que « dans l'œuvre de Hans Kelsen cette question de l'interprétation n'occupe en apparence qu'une place secondaire ; on serait tenté de dire, marginale »¹⁰⁶. Pourtant, cette théorie de l'interprétation est sujette à des interprétations scientifiques qui peuvent conduire à « subvertir la conception kelsenienne de la structure de l'ordre juridique »¹⁰⁷.

La section 1 de ce chapitre reconstruit le cheminement scientifique de Michel Troper sur la question de l'interprétation. A cette fin, on commence par exposer la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen (section 1.1). On livre ensuite le point de vue et la critique de Michel Troper, puis on la commente à la lumière de la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen et de la réplique de Otto Pfersmann¹⁰⁸ (section 1.2). La section 2 est consacrée à la théorie réaliste de l'interprétation et à ses conséquences sur la *Théorie pure du droit*. La section 2.1 développe les implications de la théorie sur la relation de validité et la méthode empirique. On montre que la « voie moyenne » empruntée par Michel Troper autorise la construction d'une science empirique du droit, éloignée de la voie empruntée par Alf Ross. En particulier, la validité des normes est pensée à l'aide d'une relation causale spécifique dans l'ordre juridique. La section 2.2 poursuit l'analyse en direction des modifications engendrées par la théorie sur la métaphore de la pyramide des normes. Précisément, la théorie réaliste de l'interprétation présente un avantage sur la *Théorie pure du droit* en rendant superflue l'hypothèse de la norme fondamentale. On montre que ce bénéfice est obtenu au prix d'un

¹⁰⁴ Cette théorie de l'interprétation est présente dans les deux versions de la *Théorie pure du droit*. Comme depuis le début de ce travail, nous continuons à nous référer à l'édition de 1960, traduite par Charles Eisenmann.

¹⁰⁵ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », réédition 1999, p. 335-342.

¹⁰⁶ **TROPER M.**, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans **TROPER M.**, *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 85.

¹⁰⁷ **TROPER M.**, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁸ **PFERSMANN O.**, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 799-836.

coût supplémentaire : l'hypothèse de l'indétermination sémantique d'un texte. Sans cette hypothèse, la théorie s'écroule ; sous cette hypothèse, l'interprète acquiert un pouvoir considérable qui réside dans sa capacité de validation des significations prescriptives.

Section 1 : Une critique réaliste de l'interprétation dans la *Théorie pure du droit*

La théorie de l'interprétation de Hans Kelsen est exposée à la section 1.1. La section 1.2 livre, tout d'abord, le point de vue et la critique de Michel Troper sur cette théorie. Ensuite, on commente cette lecture critique à la lumière de la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen et de la réplique de Otto Pfersmann¹⁰⁹.

1.1. Hans Kelsen et l'interprétation

Lorsque les normes sont appliquées par un organe juridique, elles sont sujettes à interprétation. Hans Kelsen assimile l'acte d'interprétation à un « processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur » afin « d'établir le sens des normes à appliquer »¹¹⁰. Cette nécessité résulte de la nature des normes dont le sens est, pour des raisons intentionnelles ou non intentionnelles, largement indéterminé¹¹¹ : « une réglementation n'est jamais totale. La norme de degré supérieure ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports »¹¹². L'interprétation est caractérisée par une suite d'opérations mentales qui aboutit à fixer le « sens des normes ». Ce processus se décompose en deux étapes distinctes. La première est l'étape de détermination du cadre sémantique de la norme. La seconde est l'étape de sélection d'une signification à l'intérieur de ce cadre.

¹⁰⁹ PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 279-334.

¹¹⁰ KELSEN H., *op.cit.*, p. 335.

¹¹¹ Hans Kelsen distingue trois types d'indétermination : l'indétermination relative de l'acte d'application du droit, l'indétermination intentionnelle de l'acte d'application du droit, et l'indétermination involontaire de l'acte d'application du droit. L'indétermination est dite relative dans le cas d'un rapport entre deux normes d'un degré supérieur et d'un degré inférieur. L'indétermination est dite intentionnelle lorsque l'acte de droit est volontairement indéterminé. Ce cas surgit lorsque la norme est rédigée dans des termes larges ou généraux. Enfin, l'indétermination est involontaire lorsque l'acte de droit est rédigé de telle sorte que le sens linguistique n'est pas univoque.

¹¹² KELSEN H., *op.cit.*, p. 336.

L'étape de détermination est un acte de connaissance dont l'issue est la découverte du cadre sémantique de la norme supérieure : « Si l'on entend par "interprétation" la détermination par *voie de connaissance* du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la *reconnaissance* des possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre »¹¹³ (nous soulignons). La norme apparaît comme une entité chargée de significations potentielles ; ces significations sont contenues dans le temps et l'espace à l'intérieur d'un cadre sémantique ; ce cadre existe indépendamment de la volonté de l'organe d'application ; l'accès à cette connaissance est réalisable ; la fonction de l'organe d'application est la mise au jour de ce cadre. Ce point de vue conduit à rejeter la conception traditionnelle de la science du droit qui comprend l'acte d'interprétation comme un « acte de clarification ou de compréhension »¹¹⁴ visant à déterminer la seule signification possible d'une norme. Cette conception de l'interprétation est attachée à la théorie de « l'acte clair » pour laquelle il existe un rapport univoque entre un acte et sa signification. L'interprétation ne s'impose que lorsque l'acte n'est pas « clair » dans le sens où sa signification est, pour une raison ou une autre, restée voilée ou cachée. Ici, l'interprétation a pour fonction de dégager l'unique signification cachée. Si l'on ramène cette conception à l'activité juridictionnelle, elle se traduit par le syllogisme. Le syllogisme est une méthode déductive qui permet au juge de dégager l'unique signification d'un acte. Elle est composée d'une mineure et d'une majeure. La majeure correspond à la loi et la mineure correspond aux faits ou plus exactement à l'« action conforme ou contraire à la loi ». Dans ce cas de figure, le juge n'est que la « bouche de la loi », ou encore un « juge automate ».

L'étape de sélection est un acte de volonté dont la fonction est de sélectionner un choix entre les « possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance »¹¹⁵. Cet acte de volonté, qui s'unit à l'acte connaissance, émane du pouvoir discrétionnaire de l'organe d'application ; il est libre, et les tentatives pour le théoriser sont vaines parce qu'il relève de l'idéologie. Cependant, dès lors que cet acte ne peut plus être annulé, l'interprétation est dite authentique : en mettant fin au débat, l'acte de sélection produit toujours du droit.

¹¹³ KELSEN H., *op.cit.*, p. 338.

¹¹⁴ KELSEN H., *op.cit.*, p. 338.

¹¹⁵ KELSEN H., *op.cit.*, p. 340.

Au terme du Titre VIII, Hans Kelsen opère une séparation entre l'acte authentique et l'acte d'interprétation scientifique. Le premier résulte de décisions par des organes d'application du droit insusceptibles d'être annulées. C'est le cas, par exemple, des décisions d'une cour suprême qui statue en dernier ressort. Par opposition, l'interprétation scientifique déclenche une opération intellectuelle pour dégager les significations possibles des normes juridiques, puis abandonne le choix d'une signification à un organe juridique compétent. En aucun cas l'interprétation scientifique n'est en mesure de produire du droit nouveau par une interprétation du droit en vigueur. Elle recommande les significations possibles d'une norme à l'organe d'application, mais n'est jamais créatrice de droit.

1.2. Point de vue et critique de Michel Troper, et réplique de Otto Pfersmann

Le point de vue de Michel Troper

Michel Troper entend démontrer que la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen conduit, après l'avoir « redressée »¹¹⁶, à une théorie réaliste de l'interprétation. Une fois admis que Hans Kelsen n'adhère pas à la conception « traditionnelle » de l'interprétation, ce que l'on ne peut contester, il est alors facile de le ranger parmi les réalistes dès lors que la conception réaliste de l'interprétation est définie comme celle qui reconnaît que « tout énoncé n'a pas une seule signification mais plusieurs parmi lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui qui l'exprime »¹¹⁷. Ce point n'est pas plus contestable que le précédent. Cependant, pour qu'une théorie de l'interprétation puisse être classée parmi les théories réalistes, il faut aussi admettre que chaque « interprétation est une fonction de la volonté »¹¹⁸. Or, l'analyse précédente a montré que la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen est nettement plus nuancée sur cet aspect. La volonté intervient uniquement dans la sélection des significations possibles et non dans la détermination de ces dernières. Toute sélection à l'intérieur du cadre est une solution valide. Pour justifier son point de vue, Michel Troper rappelle la définition d'une norme. Si, comme le dit Hans Kelsen, une norme est la signification d'un acte de volonté fournie par un interprète, alors on est « conduit à l'idée que l'interprétation est elle-même un acte de volonté et non un acte de connaissance »¹¹⁹. Avant de revenir plus en

¹¹⁶ L'expression est de Michel Troper.

¹¹⁷ **TROPER M.**, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} édition, 2011, p. 99.

¹¹⁸ **TROPER M.**, *op.cit.*, p. 99.

¹¹⁹ **TROPER M.**, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans **TROPER M.**, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1993, p. 87.

profondeur sur la pertinence de ce point de vue, admettons-le dans un premier temps. Sous cette hypothèse, Michel Troper résume la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen par les sept points suivants¹²⁰ :

(a) L'interprétation consiste à établir le sens de la norme à appliquer.

(b) La norme à appliquer laisse ouvertes plusieurs possibilités, soit volontairement, soit involontairement, principalement parce que le sens linguistique de la norme n'est pas univoque.

(c) Il faut distinguer l'interprétation authentique (par les organes d'application du droit) et l'interprétation non authentique (par les personnes privées, en particulier par la science du droit).

(d) L'interprétation non authentique (ou scientifique) fait apparaître les diverses significations possibles de la norme applicable.

(e) L'interprétation authentique consiste en un choix entre les diverses significations possibles révélées par l'interprétation scientifique. Elle est donc créatrice de droit, même dans le cas de figure où elle ne conduit qu'à la création de normes individuelles.

(f) Elle n'est donc pas un acte de connaissance, mais un acte de volonté.

(g) Il n'existe aucune méthode d'interprétation permettant de déterminer une interprétation vraie.

Excepté l'assertion (f), les autres assertions sont fidèles au contenu du Titre VIII de la *Théorie pure du droit*. L'assertion (f) est pourtant déterminante puisqu'elle fait basculer la théorie de Hans Kelsen dans une conception réaliste de l'interprétation. Cette assertion (f) est obtenue grâce à une critique du point (a).

¹²⁰ TROPER M., *op.cit.*, p. 86.

Les critiques : le texte, la norme et l'interprétation

L'assertion (a) est une contradiction dans les termes. En effet, si la norme est la signification attribuée à un texte posé par une autorité compétente, alors établir le « sens d'une norme », comme le dit Hans Kelsen, est équivalent à procéder à une interprétation d'une interprétation ou encore à procurer une signification à une signification, ce qui est évidemment absurde¹²¹. Il faut donc renoncer au point (a). Il s'ensuit que si l'objet de l'interprétation ne peut pas être une norme, alors c'est le texte qui fait office d'objet à interpréter¹²². Il suit que si le texte posé par une autorité supérieure reçoit une interprétation au moment où il est appliqué par une autorité inférieure pour accomplir un nouvel acte de volonté, alors on peut difficilement continuer à maintenir que la norme supérieure fonde la validité de la norme inférieure puisque la première est fixée au terme de l'interprétation par l'autorité inférieure. C'est pourquoi Hans Kelsen « ne peut admettre que l'interprétation est un texte, parce qu'une telle attitude le conduirait à l'idée que la norme, qui est la signification de ce texte, est déterminée non par un acte de volonté accompli conformément à une norme supérieure, mais au terme de l'interprétation »¹²³.

Justifier l'assertion (f) nécessite une étape supplémentaire. Il faut tout d'abord tirer une conséquence simple de ce qui vient d'être dit. Si l'on maintient le principe d'indétermination dans le processus d'application du droit et si c'est le texte qui est l'objet de l'interprétation, alors c'est bien le texte, et non la norme, qui est indéterminé ; texte à partir duquel une norme sera produite. De plus, il faut supposer qu'un texte ne possède aucune signification préalablement à l'interprétation, ce qui revient à admettre une indétermination sémantique *a priori* du texte. On voit bien que ce point de vue exclut d'emblée la possibilité que l'interprétation scientifique puisse lever cette indétermination. L'interprétation authentique ne révèle pas un cadre de significations, elle le crée. C'est la raison pour laquelle elle est définie comme un acte de volonté (assertion (f)).

Cet acte de volonté est libre à condition que les interprétations soient insusceptibles de recours. Sinon, les décisions qui font suite à ces interprétations peuvent être annulées et ne produisent aucun effet dans l'ordre juridique. Dans ces cas de figure, la théorie de

¹²¹ TROPER M., *op.cit.*, p. 87.

¹²² TROPER M., *op.cit.*, p. 88.

¹²³ TROPER M., *op.cit.*, p. 88.

l'interprétation de Hans Kelsen s'applique : l'acte d'interprétation est un acte de connaissance des significations compatibles avec le cadre fixé par une cour suprême, couplé à un acte de volonté de sélection d'une signification à l'intérieur de ce cadre. On convient alors que « l'opposition de l'interprétation authentique et l'interprétation non authentique est à leur égard dépourvue de valeur opératoire »¹²⁴.

Outre le fait que l'objet de l'interprétation n'est pas la norme mais le texte, Hans Kelsen néglige également que cet objet s'étend aux faits sociaux¹²⁵. L'activité d'interprétation comprise dans le syllogisme ne vise pas seulement la conformité de l'acte individuel avec la norme supérieure. Dans un raisonnement syllogistique, la loi constitue la majeure, les faits la mineure. Par exemple, un juge doit non seulement déterminer si le fait peut être contenu dans la norme supérieure, mais doit également déterminer si le fait s'est ou non réalisé. Si le juge justifie, en utilisant tel ou tel argument, que ce fait, auquel la norme supérieure se réfère, ne s'est jamais réalisé, il prive la loi de toute application. En ce sens, il est créateur de droit. Son acte d'interprétation du fait doit ainsi être considéré comme un acte de volonté. La remarque n'est pas anecdotique. C'est un argument qui met en avant une nécessité théorique : il faut renoncer à concevoir la validité comme une relation purement formelle à l'intérieur de la sphère du « devoir être ». D'une norme générale, on ne peut déduire logiquement l'existence, donc la validité puisque cette dernière est le mode d'existence des normes, d'une norme individuelle tout simplement parce que cette norme individuelle existe non pas seulement parce qu'elle peut être subsumée dans une norme générale, mais parce qu'elle est la signification d'un acte de volonté qui porte sur un fait. Dans l'exemple ci-dessus, si le juge doit concrétiser la norme « si p est un fait avéré, alors on doit appliquer le comportement q », alors cette opération de concrétisation nécessite une expérience sensible : peut-on signifier par p le fait soumis à son jugement ? Cette critique est pertinente tant que l'on interprète le terme « existence » chez Hans Kelsen comme la concrétisation empirique d'une possibilité formelle. Or, dans la *Théorie pure du droit*, l'existence dont il est question n'est pas toujours assimilable à une existence de fait. Il s'agit souvent d'une existence formelle dans la sphère du « devoir être » détachée de la sphère de l'« être ». Cela dit, Hans Kelsen a du mal à assumer continuellement cette séparation au cours de l'ouvrage. Il mentionne à plusieurs reprises que la relation d'imputation n'est pas totalement indépendante d'une relation causale dans la

¹²⁴ TROPER M., *op cit.*, p. 89.

¹²⁵ TROPER M., *op cit.*, p. 87.

mesure où la théorie du droit en tant que connaissance d'un fait (le droit posé) porte également sur des faits sociaux qu'il faut interpréter pour créer du droit¹²⁶.

La réplique de Otto Pfersmann

La reconstruction de la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen est le point de départ de la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper. De ce fait, si cette reconstruction n'est pas correcte, les justifications du projet alternatif de Michel Troper deviennent discutables. Dans un article intitulé « *Contre le Néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation* », Otto Pfersmann conteste la lecture de Michel Troper¹²⁷.

Otto Pfersmann admet que l'expression « sens des normes » mobilisée par Hans Kelsen est malvenue. Il aurait été plus judicieux d'écrire « actes de concrétisation des normes » pour souligner le fait qu'entre la norme et son application la relation n'est pas univoque. Ce que vise Hans Kelsen lorsqu'il emploie l'expression « sens des normes », ce n'est pas la norme, c'est-à-dire le cadre des significations qu'elle exprime, mais son support linguistique : « Toutefois, il se peut que l'indétermination de l'acte de droit soit la conséquence involontaire de la façon d'être d'une norme qui doit être appliquée par l'acte en question. La source d'une telle indétermination est l'ambiguïté ou d'un mot ou d'une suite de mots par lesquels une norme s'exprime : le sens linguistique de la norme n'est pas univoque ; l'organe qui doit appliquer la norme est confronté à plusieurs significations »¹²⁸. La norme est déterminée mais son support linguistique peut faire apparaître des variations parmi lesquelles il faut choisir. Cette sélection est un acte de volonté, mais la détermination de ces variations est un acte de connaissance. L'analyse est fidèle au passage tiré de la *Théorie pure du droit*

¹²⁶ Cette critique sur la possibilité d'une logique formelle des normes est également analysée dans **TROPER M.** « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit. », in AMSELEK P., GRZEGORCZYCK C., (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 58-68. Repris dans **TROPER M.**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, p. 62. Michel Troper écrit : Hans Kelsen « est parfois hésitant sur la signification de la causalité et de l'imputation. Tantôt les sciences de la nature et les sciences sociales décrivent leur objet, qui peut leur être commun, chacune selon le principe qui leur est propre, les sciences de la nature selon le principe de causalité, les sciences sociales selon le principe d'imputation ; tantôt, les relations de causalité et d'imputation sont conçues comme présentes au sein même des objets respectifs de chacune des sciences. De même que la nature est un ensemble d'éléments unis les uns aux autres par la relation de causalité, de même le droit apparaît comme un ensemble de relation d'imputation. C'est pourquoi la Théorie pure a pu être considérée comme une méta-éthique cognitiviste (Pattaro, 1982) ».

¹²⁷ **PFRSMANN O.**, *op.cit.*, p. 299.

¹²⁸ **KELSEN H.**, *op. cit.*, p. 337.

citée plus haut : « Si l'on entend par "interprétation" la détermination par *voie de connaissance* du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la *reconnaissance* des possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre »¹²⁹ (nous soulignons). Que conclure ? Aucune des deux lectures n'est totalement erronée. La différence est ailleurs. L'argument de Michel Troper est étroitement dépendant de la thèse qu'un support linguistique, un texte, est par nature indéterminé tant qu'une interprétation n'a pas été réalisée. Cette thèse n'est pas démontrée, elle est posée. Sous cette hypothèse, si la norme est une signification d'un acte, alors, par définition, elle a été déterminée par une interprétation qui a fixé son sens, et il n'y a pas lieu de faire une distinction entre support linguistique et norme. Au contraire, tant qu'un texte n'a pas reçu d'interprétation par un organe d'application, parler du sens d'un texte est une contradiction dans les termes. Il s'ensuit que l'interprétation n'est pas soumise à un cadre, et, par ce biais, on s'autorise à qualifier l'interprétation d'acte de volonté. C'est, nous semble-t-il, sous cet angle que l'on saisit que le rejet de l'assertion (a) implique (f) à condition d'ajouter cette hypothèse d'indétermination sémantique du texte. Cette hypothèse est forte, et de la même manière que l'hypothèse de la norme fondamentale de Hans Kelsen fonde la relation de validité, celle-là fonde la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper. Une conséquence non négligeable de cette hypothèse est, par exemple, qu'une interprétation n'est jamais *contra legem*, c'est-à-dire contre la loi. En effet, s'il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur, il est impossible de déterminer le sens de la loi avant l'interprétation. Seule l'interprétation authentique fixera le sens de celle-ci. Prenons pour exemple la décision du Conseil d'Etat, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte* du 17 février 1950¹³⁰. Dans cette décision, il était question de réquisitions des exploitations abandonnées ou incultes depuis plus de deux ans. La loi du 23 mai 1943 disposait : « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Cependant, le Conseil d'Etat a considéré que ce texte n'avait pas pour effet d'exclure le recours pour excès de pouvoir destiné à « assurer conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». Ainsi, le texte « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'un recours administratif ou judiciaire » n'a pris son sens authentique que postérieurement à l'interprétation.

¹²⁹ KELSEN H., *op.cit.*, p. 338.

¹³⁰ C.E., Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, rec. 110, ccl. J. Delvolvé.

Otto Pfersmann nie qu'une hypothèse aussi radicale puisse être trouvée dans la *Théorie pure du droit*. Hans Kelsen suppose, au moins implicitement, qu'il existe quelque rapport entre un texte et sa détermination interprétative. Reste qu'un passage situé à la fin de la section 36 du Titre VIII de la *Théorie pure du droit* laisse planer le doute : l'interprétation authentique « 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 »¹³¹. Ces situations se font jour lorsque la décision de l'organe d'application « ne peut plus être annulée »¹³². Ce passage se comprend comme un condensé de l'analyse de Michel Troper, en contradiction avec le reste du Titre VIII. Car, il est impossible de maintenir que l'interprétation authentique est introduite comme la norme produite par sélection de l'une des solutions présentes dans un cadre d'interprétation, et dans le même temps affirmer que l'interprétation peut se déployer en dehors de ce cadre. Selon Otto Pfersmann, la contradiction n'est qu'apparente parce que la formulation de Hans Kelsen est une nouvelle fois maladroite. Ces décisions insusceptibles d'être annulées sont des compétences attribuées à des organes d'application par une norme de production de normes et non pas par un élément factuel (l'acte d'interprétation) externe à la normativité, comme c'est le cas dans l'approche réaliste.

D'un côté, on ne peut pas donner tort à Michel Troper lorsqu'il remarque que la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen révèle de telles maladresses qu'il est possible de la faire « fonctionner » de manière à subvertir sa conception de la structure de l'ordre juridique. D'un autre côté, on ne peut pas non plus donner tort à Otto Pfersmann lorsqu'il affirme que ce « redressement » de la théorie de l'interprétation n'est pas dans l'esprit de la *Théorie pure du droit*. Dans sa réponse à Otto Pfersmann, Michel Troper¹³³ tranche le débat sur cette question en soulignant qu'il importe finalement peu de savoir si sa compréhension du Titre VIII est correcte ou non, même si cette question n'est pas sans intérêt. Il est plus important de déterminer si sa théorie réaliste de l'interprétation fait sens et quels sont ses effets sur notre compréhension de la structure juridique. La section 2 examine cet aspect ainsi que les modifications méthodologiques qu'elle entraîne.

¹³¹ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 341.

¹³² **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 341.

¹³³ **TROPER M.**, « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002-2, numéro 50, p. 337.

Section 2 : La théorie réaliste de l'interprétation et ses conséquences

La section 2.1 développe les implications de la théorie sur la relation de validité et la méthode empirique. La section 2.2 prolonge l'analyse en direction des modifications engendrées par la théorie sur la métaphore de la pyramide des normes.

2.1 L'interprète, la norme et la validité

Pour dévoiler sa théorie de l'interprétation, Michel Troper utilise une stratégie que l'on peut décrire en deux temps¹³⁴. Dans un premier temps, il « redresse » la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen¹³⁵ en remplaçant l'assertion (a) par l'assertion (a') indiquant que l'interprétation porte sur des textes et des faits et non sur des normes ; il maintient également que l'interprétation est un acte de volonté (assertion (f)) ; enfin, il précise que l'expression « interprétation authentique » est réservée aux décisions des cours insusceptibles de recours. Les normes générales produites par ces cours sont obligatoires pour les autorités et les sujets soumis à leur juridiction. L'assertion (f) s'obtient en combinant (a') avec l'hypothèse d'indétermination sémantique d'un texte. Dans un second temps, il reprend la définition des ordres juridiques contenue dans la *Théorie pure du droit* : « les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique »¹³⁶. C'est le contenu de la norme fondamentale d'un système juridique qui permet de distinguer les ordres statiques des ordres dynamiques¹³⁷. La caractéristique d'un ordre dynamique est que la norme fondamentale institue l'habilitation à créer des normes selon certaines procédures. Une première conséquence est que la validité d'une norme créée par les organes habilités ne dépend pas de la conformité de son contenu à celui d'une norme supérieure, mais provient du fait qu'elle a été créée en conformité avec la procédure instituée par la norme fondamentale. Une deuxième conséquence est qu'il n'est pas possible de déduire logiquement le contenu des normes du contenu des normes supérieures. Autrement dit,

¹³⁴ **TROPER M.**, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans **TROPER M.**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, p. 85-94.

¹³⁵ **TROPER M.**, *op.cit.*, p. 90.

¹³⁶ **KELSEN H.**, *op.cit.*, p. 197.

¹³⁷ Cf., Chapitre 2, section 2.1.

n'importe quel contenu peut *a priori* devenir du droit sous réserve que sa création soit conforme à la procédure posée par la norme fondamentale.

En combinant ces éléments on obtient la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper : si l'acte d'interprétation porte sur un texte, dont le sens n'est pas fixé préalablement à cet acte, si une norme est la signification attachée à ce texte, et si les actes de cet interprète ne sont pas contestables, alors c'est bien l'interprète qui détermine la norme qui l'habilite à créer une nouvelle norme et non pas, comme l'affirme Hans Kelsen, la norme supérieure. En d'autres termes, c'est la production de l'interprète qui énonce la norme supérieure, et en particulier détermine sa propre compétence. Cette théorie produit certaines conséquences sur la notion de validité.

Le chapitre 2 du Titre I a montré que la relation de validité dans la *Théorie pure du droit* est une relation fonctionnelle de précédence, qui opère dans la sphère du « devoir être » en mettant en connexion la signification d'un acte édicté par un organe supérieur avec la signification d'un acte édicté par un organe inférieur dans l'ordre juridique. D'où l'idée d'un emboîtement de significations où chaque norme fonde sa validité à partir d'une norme supérieure dans la pyramide. En déployant la théorie réaliste ci-dessus, on réalise que le fondement de la validité d'une norme ne se situe plus dans le « devoir être » que cette norme supérieure exprime, mais dans l'acte d'interprétation censée la concrétiser. On peut encore objecter que cet interprète a été institué par une norme supérieure. Cependant, il suffit d'appliquer une fois de plus l'argument. Cette institution prend la forme d'un texte dont le contenu est du type « il sera institué une autorité qui ... ». Par le principe d'indétermination sémantique d'un texte, ce dernier sera soumis à un acte d'interprétation, et ainsi l'existence ou la non existence de cette autorité dépend encore une fois d'un fait et non d'un « devoir être ».

De ces arguments découle la proposition scientifique suivante : « Si l'expression “norme valide” désigne la signification objective de norme d'un acte humain, alors la validité d'une norme ne découle pas de sa conformité à une norme supérieure, mais seulement de l'activité d'interprétation à laquelle s'est livrée une autorité dotée d'une existence de fait »¹³⁸. Ainsi, si la validité est le mode d'existence des normes, les conditions de cette validité ne s'enracinent pas dans un « devoir être » mais dans un fait empirique : l'acte de

¹³⁸ TROPER M., *op.cit.*, p. 94.

l'interprète. C'est uniquement parce que les interprétations d'une autorité instituée ont un effet dans l'ordre juridique, c'est-à-dire s'imposent en fait au sein de cet ordre, que l'on qualifie le produit de cette interprétation de norme valide ou obligatoire. Le caractère authentique de cette interprétation se mesure à l'aune des effets qu'elle produit. En d'autres termes, la relation de validité n'est pas une relation formelle possédant sa logique propre dans la « sphère du devoir être ». Elle est une relation causale spécifique de nature juridique, qui lie l'acte d'interprétation à ses effets dans l'ordre juridique.

Si la théorie réaliste de l'interprétation « redresse » la théorie de Hans Kelsen, elle ne dérive pas pour autant en direction de la théorie de Alf Ross qui dilue la validité dans l'efficacité. Dans sa réplique à Otto Pfersmann, Michel Troper précise qu'il ne faut pas confondre la production d'un effet de l'interprétation avec les effets de la norme, d'une part, et, d'autre part, avec l'efficacité de la norme¹³⁹. L'effet de l'interprétation est que d'autres autorités sont tenues d'attribuer à un texte la même signification que celle fournie par l'interprétation authentique. Les effets de la norme est qu'elle prescrit ou autorise telle ou telle conduite. L'efficacité de la norme est le fait qu'elle est suivie et appliquée dans les faits. La théorie réaliste de l'interprétation considère que les normes sont valides si et seulement si elles produisent des effets. Et, elles produisent des effets si l'ordre juridique reconnaît que ses interprétations sont (juridiquement) obligatoires. Mais, à la différence de la théorie réaliste de Alf Ross, la théorie réaliste de l'interprétation est tout à fait indifférente au fait que les comportements prescrits sont suivis d'effets dans la réalité sociale¹⁴⁰. Comme la *Théorie pure du droit*, la théorie réaliste de l'interprétation rejette l'idée que la validité puisse être inférée de l'efficacité ou assimilée à une obligation morale. En revanche, à la différence de la *Théorie pure du droit*, elle n'admet pas que la science du droit puisse connaître des « devoir être » et les décrire à travers des propositions scientifiques. Une science du droit distincte de son objet ne peut pas viser les significations. La théorie réaliste de l'interprétation étudie les actes d'interprétation par lesquels une signification est attribuée et non les significations. Puisque ces actes de volonté sont des faits, la science du droit devient, après ce « redressement », une science empirique. Elle décrit des actes d'interprétation qui produisent des effets normatifs dans l'ordre juridique. Cette science empirique du droit est une science autonome : à la différence de certaines théories réalistes ou sociologiques du droit, elle tente de justifier ces interprétations par des contraintes endogènes à l'ordre juridique.

¹³⁹ TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002-2, numéro 50, p. 350.

¹⁴⁰ TROPER M., *op.cit.*, p. 352.

2.2 Structure de l'ordre juridique et pouvoir des interprètes

La théorie réaliste de l'interprétation a un impact sur la représentation de l'ordre juridique. Cela signifie que la métaphore de la pyramide doit être « modifiée mais non abandonnée »¹⁴¹. Il faut souligner que la représentation pyramidale du système juridique retenue par Hans Kelsen a été discutée par plusieurs auteurs, notamment par Paul Amselek¹⁴² qui la qualifie de « fausse idée claire ». Paul Amselek oppose le fait que dans la réalité la production juridique des compétences normatrices est plus complexe, plus enchevêtrée, et ne s'articulent nullement selon une échelle continue comme la métaphore de la pyramide ne le laisse paraître »¹⁴³. Dans un article intitulé « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek »¹⁴⁴, Michel Troper répond à cette critique en rappelant que la *Théorie pure du droit* ne contient pas l'idée que le fondement de la validité est nécessairement localisé dans une norme immédiatement supérieure. Nous avons dégagé cet aspect au chapitre 2 du Titre 1 lorsque nous avons fait émerger la propriété de transitivité de la relation de validité. Si une norme N(3) fonde sa validité dans une norme N(2) et si N(2) fonde sa validité dans la norme N(1), alors N(3) fonde sa validité dans la norme N(1). Puisque cette relation se situe dans la sphère du « devoir être », cette relation n'implique en aucun cas que N(3) fondera effectivement sa validité dans la relation N(2), mais simplement que cette connexion est valide. Puisque la connexion entre N(1) et N(2) est aussi valide, mais pas nécessaire effective, par transitivité, il est correct de dire que N(3) peut fonder sa validité dans la norme N(1). D'ailleurs, ajoute Michel Troper, « dans l'ordre juridique français, conformément à la conception de Hans Kelsen, les normes de chaque niveau sont bien posées en vertu d'une habilitation conférée par une norme de niveau supérieur, même s'il ne s'agit pas toujours du niveau immédiatement supérieur »¹⁴⁵. Au regard de la théorie de la théorie réaliste de l'interprétation, il convient néanmoins d'effectuer un ajustement de la métaphore. Puisque l'objet de l'interprétation est un texte et que le sens du texte est *a priori* indéterminé, alors l'autorité d'une cour statuant en dernier ressort fixe elle-même la hiérarchie des compétences en procédant à des actes d'interprétation authentiques. Ainsi, lorsque plusieurs cours statuant

¹⁴¹ TROPER M., « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris, coll. « Léviathan », 1994, p. 94.

¹⁴² AMSELEK P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *R.R.J.*, 2007, p. 557.

¹⁴³ AMSELEK P., « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », in *R.D.P.*, 1978, n°1, p. 13

¹⁴⁴ TROPER M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, p. 1523-1536.

¹⁴⁵ TROPER M., *op.cit.*, p. 1531.

en dernier ressort interprètent un même texte différemment, on peut considérer que le discours des interprètes génère autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions¹⁴⁶.

Une conséquence supplémentaire de la théorie réaliste de l'interprétation est qu'elle rend superflue l'hypothèse de la norme fondamentale. Car si la norme est le produit d'une interprétation, alors les normes constitutionnelles résultent d'un fait (l'interprétation du texte constitutionnel) et non plus d'une hypothèse¹⁴⁷. Ce bénéfice est relatif puisque son obtention nécessite une autre hypothèse fondamentale : l'indétermination sémantique d'un texte. Sans cette hypothèse sur l'objet sur lequel l'acte empirique s'applique, la théorie réaliste de l'interprétation ne fonctionne pas, de la même manière que la *Théorie pure du droit* s'écroule sans une hypothèse sur le « devoir être » qui fonde l'ordre normatif. A vrai dire, Michel Troper a tenté de justifier plus soigneusement cette hypothèse en distinguant une version forte et une version faible¹⁴⁸. La version forte pose l'indétermination sémantique radicale d'un texte, d'où l'assertion que l'acte d'interprétation est un acte de volonté. Selon la version faible, la signification d'un texte n'est pas supposée indéterminée préalablement à l'interprétation, mais la signification du texte doit malgré tout être considérée comme indéterminée car seule la signification de l'interprète s'impose juridiquement. En acceptant la version forte, l'acte d'interprétation comme acte de volonté est déduit de l'indétermination sémantique du texte, alors que dans la version faible c'est le statut de l'interprète, le fait qu'il ne soit pas lié, qui implique l'indétermination textuelle. Que l'on justifie l'assertion que l'acte d'interprétation est un acte de volonté par l'une ou l'autre des versions, l'hypothèse conduit à donner un pouvoir considérable à l'interprète, qui réside dans sa capacité de validation des significations prescriptives.

¹⁴⁶ TROPER M., « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518-529. Repris dans TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris, coll. « Léviathan », 1994, p. 94.

¹⁴⁷ En particulier, la Constitution n'est plus perçue comme un ensemble de normes donné *a priori*, mais comme un texte à interpréter. Cf., TROPER M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, p. 133-151. Repris dans TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris, coll. « Léviathan », 1994, p. 293-315.

¹⁴⁸ TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002-2, numéro 50, p. 341-342.

Chapitre 2 :

« Redresser » la théorie réaliste de l'interprétation ou la théorie des contraintes juridiques

La théorie réaliste de l'interprétation trouve des prolongements dans une théorie des contraintes juridiques fruit d'un ouvrage et travail collectif de Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzcyk¹⁴⁹. La notion de « contrainte » est également présente dans plusieurs articles de Michel Troper, « Fonctions juridictionnelle ou pouvoir judiciaire »¹⁵⁰, ou encore « La force de la contrainte et la causalité juridique : obligation, obéissance, argumentation »¹⁵¹.

La section 1 revient sur les raisons du prolongement de la théorie de l'interprétation par une théorie des contraintes, détaille les éléments constitutifs de ce prolongement théorique, puis formule une critique sur la possibilité de combiner la théorie réaliste de l'interprétation et la théorie des contraintes sans dériver vers le syncrétisme méthodologique. Précisément, la section 1.1 pose le paradoxe soulevé par la théorie réaliste de l'interprétation. La théorie des contraintes apparaît comme une solution à ce paradoxe¹⁵². Les principaux éléments de cette théorie et le processus d'émergence des contraintes juridiques avancés ont suscité un certain nombre de critiques. Celles-ci mentionnent certaines imprécisions et

¹⁴⁹ CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, 203 p.

¹⁵⁰ TROPER M., « Fonctions juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1981, p. 83-94. Repris dans TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris, coll. « Léviathan », 1994, p. 95-105.

¹⁵¹ TROPER M., « La force de la contrainte et la causalité juridique : obligation, obéissance, argumentation », in *Acte de savoir, Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France*, 2007, p. 17-30. Repris dans TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, p. 7-18.

¹⁵² CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p 11-23.

confusions¹⁵³. La section 1.2 est une tentative de clarification de la théorie des contraintes. On montre qu'elle peut être subsumée dans la théorie de la décision étendue aux environnements stratégiques (la théorie des jeux essentiellement). Dans ce cas, la nature empirique de la théorie ainsi que sa spécificité deviennent discutables. La raison est que la théorie de la décision est adossée à une conception extrême du décideur en tant que sujet connaissant. Ce dernier est supposé disposer d'une information complète sur son environnement, d'une capacité sans faille à exploiter les opportunités et à mener des raisonnements complexes. Mais surtout, dans les environnements stratégiques, la théorie de la décision centre l'analyse sur les constructions mentales (la formation des croyances) des décideurs au détriment d'une analyse causale des décisions ; constructions mentales par nature inobservables et non testables empiriquement. Dans la théorie des contraintes, l'*homo juridicus* est une représentation idéalisée de l'interprète similaire à celle-ci. Comment alors réconcilier cette démarche, que l'on peut qualifier d'« irréalisme » méthodologique, avec la nécessité d'une confrontation empirique des jugements scientifiques ? Michel Troper emprunte une « voie moyenne » qui consiste à insérer les concepts scientifiques dans l'Histoire. Ces derniers ont valeur opératoire (empirique) s'ils offrent la possibilité de réinterpréter l'Histoire. Par exemple, Michel Troper mobilise le concept scientifique de la hiérarchie des normes pour fournir une réinterprétation scientifique de l'émergence de l'Etat moderne¹⁵⁴. La section 2 illustre cette technique d'interprétation dans le cas de la théorie des contraintes appliquée à l'histoire constitutionnelle. La section 2.1 rappelle tout d'abord l'importance de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper. La section 2.2 applique la théorie des contraintes à la question de la mutation du concept de citoyen lors de l'élaboration de la Constitution de l'an III.

Section 1 : La théorie des contraintes juridiques : solution au paradoxe soulevé par la théorie réaliste de l'interprétation

La section 1.1 expose le paradoxe soulevé par la théorie réaliste de l'interprétation. La section 1.2 focalise l'analyse sur la théorie des contraintes et ses limites.

¹⁵³ **ELSTER J.** « Droit et causalité », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p 117-121. ; **PFRSMANN O.**, « Critique de la théorie des « contraintes juridiques », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p 123-142.

¹⁵⁴ **TROPER M.**, « The Structure of the Legal System and the Emergence of State », in *The Straus Institute Working Paper Series*, 06/12, 2012, p. 43.

1.1 Le paradoxe

D'un côté, l'hypothèse d'indétermination sémantique d'un texte implique que l'acte d'interprétation n'est pas lié ; c'est un acte libre qui conduit au résultat que la hiérarchie des normes est un processus interne au raisonnement des interprètes. L'interprète bénéficie donc, par hypothèse, d'une « liberté juridique » pour reprendre l'expression de Michel Troper¹⁵⁵. Cette liberté juridique est définie comme le droit de l'interprète à créer une signification pour un texte, puis d'adopter un comportement conforme à cette signification. Il suit que le critère pour déterminer si une norme est valide est à rechercher dans une relation causale qui lie l'acte d'interprétation à ces effets dans l'ordre juridique. La validité de cette interprétation ne dépend donc pas « de la vérité de l'interprétation, mais seulement des conditions de son émission et des possibilités de sa contestation [...] 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 »¹⁵⁶. Dès l'instant où la décision par un interprète compétent est énoncée, elle devient authentique quel que soit son contenu, et l'application de cette décision est valide¹⁵⁷. Par exemple, le Conseil constitutionnel peut tout à fait considérer que les députés ou les sénateurs qui le saisissent ne peuvent plus invoquer utilement la violation du préambule de la Constitution. En conséquence, la liberté juridique de l'interprète confère un pouvoir considérable.

D'un autre côté, la théorie réaliste de l'interprétation reste silencieuse sur les modalités d'utilisation de ce pouvoir et, par là, ne rend pas compte de la cohérence des décisions prises dans l'ordre juridique. Comme le note Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats « l'observation du droit positif montre que malgré cette liberté, les acteurs juridiques ne font pas tout ce qu'il est possible de faire, mais s'orientent vers un nombre restreint de solutions. Si potentiellement l'éventail des solutions n'a pour limite que celle de l'imagination humaine, la plupart de celles retenues en droit positif se resserrent dans un cadre limité et relativement

¹⁵⁵ **TROPER M.**, « La théorie réaliste de l'interprétation », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A.H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 51-68. Repris dans **TROPER M.**, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 83.

¹⁵⁶ **TROPER M.**, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in AMSELEK P., (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant-P.U.A.M., 1995, p. 235-248. Repris dans **TROPER M.**, *La théorie du droit, Le droit, L'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 88.

¹⁵⁷ **TROPER M.**, « La théorie réaliste de l'interprétation », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 88.

cohérent »¹⁵⁸. Plusieurs commentateurs ont noté que le redressement de la *Théorie pure du droit* par la théorie réaliste de l'interprétation ne fournit aucun élément susceptible de résoudre ce paradoxe¹⁵⁹. La théorie des contraintes juridiques est, cependant, présentée comme un prolongement de la théorie réaliste de l'interprétation de nature à résoudre ce paradoxe : « L'hypothèse principale de la présente recherche consiste à affirmer qu'en général ce resserrement n'est dû ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme, ni à une simple volonté d'auto-limitation d'un pouvoir discrétionnaire, mais qu'il est le produit de contraintes pesant sur l'acteur juridique »¹⁶⁰. La théorie principale défendue est que les contraintes produites par l'ordre juridique conduisent à adopter des décisions qui génèrent une cohérence dans l'ordre juridique.

1.2 La théorie des contraintes : une théorie des situations stratégiques

Eléments de définition de la théorie des contraintes

La théorie des contraintes est composée d'une définition des contraintes et d'une théorie comportementale de l'interprète qui agit sous contraintes.

De façon générique une contrainte est définie comme « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »¹⁶¹. Faisons quelques remarques liminaires sur cette définition. Premièrement, une contrainte est perçue comme un fait empirique déterminé par l'ordre juridique, qui produit des effets dans la procédure de décision d'un interprète. Deuxièmement, parce que l'ordre juridique est supposé essentiellement dynamique, il faut comprendre que les contraintes qui pèsent sur l'interprète évoluent en fonction de la situation de fait. Troisièmement, et toujours sous l'hypothèse d'un ordre dynamique, les normes qui confèrent un pouvoir de créer d'autres normes ne sont jamais distribuées isolément, ce qui a pour effet que chaque interprète est incité à tenir compte du comportement d'autres interprètes avant de prendre une décision. Ainsi, la contrainte est aussi un phénomène qui lie les interprètes les

¹⁵⁸ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » dans CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p. 11.

¹⁵⁹ Cf., par exemple, RIALS S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n°37, p. 49-85.

¹⁶⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 12.

¹⁶¹ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 13.

uns aux autres dans leur prise de décision. Il y a plusieurs manières équivalentes d'exprimer cette idée. Michel Troper choisit à dessein, et à plusieurs reprises, l'image de la théorie des jeux : « situation du jeu »¹⁶², « joueur »¹⁶³, « situation stratégique »¹⁶⁴ ... Quatrièmement, une contrainte doit être distinguée d'une obligation. Le pouvoir discrétionnaire donné à l'interprète ne le lie pas à une norme.

La théorie des contraintes propose une théorie du comportement de l'interprète. Il s'agit d'une figure idéalisée de l'interprète défini comme un *homo juridicus*¹⁶⁵. Un *homo juridicus* est caractérisé (a) par ses objectifs, (b) par l'ensemble des actions à sa disposition, (c) par sa rationalité, (d) par l'information dont il dispose sur la situation juridique à laquelle il fait face. Ces éléments ne sont pas toujours définis avec assez de précision dans l'article de Michel Troper et Véronique Champeil-Desplat¹⁶⁶. Nous les reprenons un à un et fournissons les précisions complémentaires qui s'imposent.

(a) L'objectif de l'*homo juridicus* est de faire un choix qui lui permette de défendre sa sphère de compétence. Il souhaite optimiser son pouvoir, préserver son existence institutionnelle...

(b) L'ensemble des actions est fonction des compétences de cet interprète mais n'est pas *a priori* borné. Cette hypothèse n'est que la traduction de l'hypothèse de l'indétermination sémantique du texte. Chaque interprète peut *a priori* créer n'importe quelle interprétation compatible avec sa compétence puisqu'il n'est pas lié par le support textuel.

(c) Chaque interprète de l'ordre juridique est un agent rationnel qui cherche à maximiser son objectif compte tenu de ses actions et des contraintes qui pèsent sur lui.

(d) L'information sur la structure de l'ordre juridique est complète. Cette hypothèse est forte et recouvre plusieurs points qui ne sont pas clairement identifiées par les auteurs.

¹⁶² TROPER M., « La force de la contrainte et la causalité juridique : obligation, obéissance, argumentation », in *Acte de savoir, Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France*, 2007, p. 17-30. Repris dans TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, p. 10.

¹⁶³ TROPER M., *op.cit.*, p. 10.

¹⁶⁴ TROPER M., *op.cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 15.

¹⁶⁶ Les éléments de cette définition sont tirés de CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p. 15-16.

Premièrement, la complétude de l'information indique que les interprètes savent exactement quels sont les autres interprètes de l'ordre juridique avec lesquels ils interagissent, quels sont leurs objectifs (point (a)), l'ensemble de leurs opportunités (point (b)), quelles sont les contraintes qui pèsent sur chacun d'eux lors de la prise de décision. La complétude de l'information impose également que cette information soit publiquement distribuée : chacun sait que les autres savent les contenus des points (a)-(b)-(c). Pour saisir cette idée, considérons la métaphore du jeu d'échecs mobilisée par Michel Troper¹⁶⁷. Imaginons deux joueurs sur le point d'engager une partie. Si nous considérons que ces joueurs sont des professionnels, on peut supposer que chacun d'eux connaît la règle du jeu, mais également que chacun d'eux sait que l'autre sait la règle du jeu. Cette hypothèse est équivalente à dire qu'une personne extérieure au jeu lit publiquement les règles du jeu de sorte que la connaissance de ces règles est publique. En revanche, si un professionnel joue une partie contre un amateur, le professionnel sait les règles du jeu, l'amateur peut également savoir les règles du jeu, mais le professionnel n'est pas en mesure de savoir avec quelle précision l'amateur connaît ces règles. Chacun a une information parfaite sur les règles du jeu, mais cette information n'est pas publique. C'est comme si, cette fois-ci, une personne extérieure au jeu lisait en privé la règle du jeu à l'amateur, puis lisait, toujours en privé, la règle du jeu au joueur professionnel. Chacun sait la règle du jeu, mais aucun des deux joueurs ne sait si l'autre la sait. Cette différence est déterminante, car si la connaissance n'est pas complète, les joueurs sont dans une situation d'asymétrie informationnelle qui peut être exploitée lors de la prise de décision. En sus, l'hypothèse de rationalité (point (c)) assure que chaque joueur a la capacité de comprendre complètement ces règles. Dans le cas de l'ordre juridique, il semble que l'hypothèse avancée par Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats corresponde à l'hypothèse de distribution publique de cette information. C'est dans ce sens que nous comprenons la phrase : « l'*homo juridicus* a par définition, au moment où il décide, une connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère, y compris des interprétations que peuvent en donner les autres acteurs »¹⁶⁸.

La définition des contraintes et de l'*homo juridicus* complète le cadre théorique des contraintes juridiques. Le second volet de cette théorie offre une explication du processus d'émergence des contraintes juridiques.

¹⁶⁷ TROPER M., *op.cit.*, p. 10.

¹⁶⁸ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 15.

Critique de la théorie de l'émergence des contraintes juridiques

Si l'on garde à l'esprit l'exigence de créer une science empirique qui décrive le droit par le droit, il faut d'emblée exclure les contraintes d'ordre économique, sociologique, politique ou encore éthique pour ne conserver que les contraintes spécifiquement juridiques, c'est-à-dire des contraintes produites par le droit. De ce fait, la contrainte juridique est produite par le droit et doit être perçue comme une contrainte de fait¹⁶⁹. On parle de contraintes juridiques lorsque « des solutions s'imposent à l'acteur en raison d'une *configuration* spécifique du système juridique. [...] Ainsi, celle qui s'exerce sur une cour constitutionnelle, qui devra tenir compte de la composition politique d'un Parlement doté du pouvoir de révision. Ce n'est cependant pas cette composition elle-même qui exerce la contrainte juridique, [...] mais les *compétences juridiques* de cette majorité et *la plus ou moins grande probabilité qu'elles les exercent d'une certaine manière* » (nous soulignons). Cette définition renvoie au modèle de l'*homo juridicus*, c'est-à-dire à l'exercice de la rationalité compte tenu des objectifs et des compétences de chacun ainsi que des croyances que chacun tient à l'égard du comportement d'autrui dans une configuration donnée.

Une configuration est une représentation subjective de l'état de l'ordre juridique (dynamique) à un point du temps du point de vue de l'interprète¹⁷⁰. Un interprète formule des croyances sur l'état de l'ordre juridique. Ces croyances portent à la fois sur la représentation de l'état de l'ordre juridique et sur les croyances sur cet état formulées par les autres interprètes avec lesquels il interagit. Il y a ici deux points à saisir. Le premier est que les contraintes ne sont pas les données objectives de l'ordre juridique mais un produit cognitif de l'interprète qui l'incite à choisir parmi un ensemble restreint, éventuellement un singleton, de solutions cohérentes. Le second est que des croyances portent sur des faits. Cependant, les croyances sont elles-mêmes assimilées à des faits (cf., la note précédente)¹⁷¹. Il est ainsi correct de supposer qu'une croyance puisse porter sur une autre croyance. En l'occurrence,

¹⁶⁹ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 12.

¹⁷⁰ Si l'on veut échapper à la « guillotine de Hume », il est nécessaire de supposer que les normes sont assimilées à des faits, car il ne saurait y avoir de relation causale entre un « devoir être » (la norme) et un « être » (les comportements) : « Cependant Kelsen lui-même accepte l'idée qu'il peut exister de telles relations entre la perception d'une norme (un fait) et un comportement. Elles sont même présupposées par tout législateur qui souhaite influencer sur les comportements. La causalité visée est ici celle qui résulte de la perception par les acteurs des normes et des relations entre les normes qui forment le système juridique ». Cf., CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 13-14.

¹⁷¹ Puisque la dichotomie « être » / « devoir être » est maintenue par les auteurs, tout ce qui n'appartient pas à la sphère du « devoir être » appartient nécessairement à la sphère de l' « être ».

l'interprète formule des croyances sur les croyances d'autres interprètes sur l'état de l'ordre juridique.

On peut illustrer cet aspect par l'exemple suivant¹⁷². L'article 8 de la Constitution de 1958 dispose : « Le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». Le Président de la République détient donc un pouvoir discrétionnaire pour nommer un Premier ministre, mais celui-ci s'exerce sous la contrainte de la probabilité d'une motion de censure par la majorité de l'Assemblée nationale. Donc, le Président formulera une croyance sur la possibilité qu'une motion de censure soit adoptée. Cette croyance dépend également des croyances de l'Assemblée nationale sur l'article 8 et sur la manière dont le Président de la République l'interprétera. Ainsi, le contenu des croyances formulées par le Président de la République peut effectivement le contraindre à choisir un Premier ministre de la couleur politique majoritaire à l'Assemblée nationale. La contrainte émerge du processus de formation des croyances du Président de la République sur l'état de l'ordre juridique. L'Assemblée nationale n'a pas l'obligation de présenter une motion de censure. Seule compte l'évaluation de la probabilité qu'elle présente cette motion.

En « redressant » la *Théorie pure du droit*, la théorie réaliste de l'interprétation est confrontée à un paradoxe. La théorie des contraintes juridiques apporte un correctif en forme de justification de l'émergence d'un processus de sélection de solutions. En ce sens, on peut dire qu'elle réintroduit une forme de cadre d'interprétation présent dans la *Théorie pure du droit*. Les deux approches sont différentes ; cependant, on montre qu'elles conduisent aux mêmes apories.

Dans la *Théorie pure du droit*, les contraintes d'interprétation sont une donnée de la sphère du « devoir être » : il existe objectivement un ensemble de prescriptions qu'il faut révéler par l'interprétation (acte de connaissance). *A contrario*, la théorie des contraintes juridiques porte une attention marquée à la formation des croyances dans un ordre juridique pensé comme essentiellement dynamique et stratégique. Par « stratégique », il faut comprendre que chaque interprète saisit que sa décision à un point du temps ne peut pas être élaborée sans la prise en compte des croyances et actions d'autres interprètes dans l'ordre

¹⁷² Exemple repris de Michel Troper dans CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 23.

juridique. Ce sont certains faits produits par le raisonnement des interprètes qui causent de manière endogène un ensemble de contraintes. Ainsi, et à la différence de la *Théorie pure du droit*, la théorie des contraintes permet d'éclairer la dimension stratégique de l'interprète dans ses actes de volonté. Les contraintes qui résultent de ce processus prennent des formes diverses. Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats offrent une typologie des contraintes en fonction du résultat qu'elles produisent (une norme, un concept, un changement de position institutionnelle), de leur origine (les producteurs de normes, les destinataires, des règles de raisonnement des interprètes en termes de hiérarchie) et de la force qu'elles exercent sur les interprètes¹⁷³.

La théorie des contraintes décrit finalement comment les interprètes liés par des jeux de pouvoir se contrôlent les uns les autres en utilisant du droit. En première approche, il semble que la théorie réaliste de l'interprétation et son complément la théorie des contraintes juridiques offrent une alternative crédible à la question de la cohérence des décisions dans l'ordre juridique. Dans la *Théorie pure du droit*, l'ordre juridique est conçu à travers une logique des normes dans la sphère du « devoir être » : chaque norme tire sa validité d'une norme supérieure et la structure s'impose comme une vérité aux yeux des interprètes. Concevoir les normes comme des entités conceptuelles ou idéales permet de justifier le développement d'une logique formelle des normes : la logique déontique. Michel Troper a montré que cette vision est incompatible avec une théorie empirique du droit (chapitre 2 et chapitre 3). Le « redressement » de la théorie réaliste de l'interprétation par la théorie des contraintes juridiques mène pourtant au même type d'incompatibilité. Comment expliquer ce nouveau paradoxe ? La théorie des contraintes juridiques construit une abstraction de l'interprète. L'*homo juridicus* est doté d'une rationalité parfaite, d'une connaissance complète de l'état de l'ordre juridique, d'une capacité illimitée à former des croyances de niveau élevé (je crois que tu crois que je crois...). Cette vision conceptuelle ou idéale de l'interprète, similaire au modèle idéal de la théorie des jeux, ouvre la voie à une logique épistémique. Comme la logique déontique, la logique épistémique est une logique des éléments modaux de type « l'interprète sait p » ; la logique déontique exprime des modes du type « l'interprète doit faire p ». La théorie des jeux utilise abondamment cette logique épistémique pour modéliser les états mentaux des joueurs, les échanges d'information entre ces joueurs au détriment de

¹⁷³ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., *op.cit.*, p. 16-23.

leurs actions véritables¹⁷⁴. L'approche épistémique est purement cognitive, elle met l'accent exclusivement sur les états mentaux des individus et ne nous paraît ni compatible avec une approche purement juridique ni avec une approche empirique. Les faits dont il est question dans la logique épistémique sont des états mentaux idéaux et non des faits de la réalité. L'*Homo juridicus* n'a donc rien de spécifiquement juridique : il raisonne comme un joueur rationnel. La seule différence est que son environnement est juridique. La logique épistémique, une « logique des logiciens » pour reprendre un expression de Michel Troper, ne nous apprend pas grand chose sur le droit tel qu'il se crée, de la même manière que la logique déontique n'est pas d'une grande utilité pour comprendre le droit tel qu'il est. Eric Millard n'exprime pas une autre critique que celle-ci : « Mais cette rationalité que saisissent les réalistes scandinaves et qui conduirait à insister sur l'étude des contraintes est-elle la rationalité de l'*Homo juridicus* ? Je ne le crois pas et je crois au contraire qu'elle conduit à rejeter cette modélisation. On pourrait focaliser les critiques à son encontre autour d'une idée : comme il est clair que cette rationalité que postule l'*Homo juridicus* n'est pas une rationalité réelle, il semble bien que la modélisation ainsi entreprise par la Théorie des contraintes aboutisse à une abstraction au sein de la théorie empirique, qui au mieux est inutile pour la cohérence de la théorie elle-même, au pire la constitue sur les bases d'une théorie qui n'est plus empiriquement vérifiable en l'éloignant de son projet »¹⁷⁵. En somme, il semble que ce « redressement » du « redressement » de la *Théorie pure du droit* conduise aux mêmes apories que la *Théorie pure du droit*. L'utilisation d'un modèle formel des processus de formation rationnelle des croyances n'a rien de spécifique au droit, ne concerne en rien les processus réels de décision. En tant qu'acte de l'esprit, ce processus n'est pas un objet testable empiriquement. Un test indirect de l'opérationnalité de ces concepts est leur insertion dans un discours historique afin d'évaluer leur capacité à donner un sens à l'Histoire.

¹⁷⁴ Cf., par exemple, WALLISER B. « Logique épistémique et théorie des jeux », *Revue Economique*, vol. 41, 1991, p. 801-832.

¹⁷⁵ MILLARD E., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « la pensée juridique », 2005, p. 152.

Section 2 : Un appel à l'histoire constitutionnelle : application de la théorie des contraintes juridiques

La place de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper est importante et particulière (section 2.1). En l'espèce, l'Histoire permet à Michel Troper à travers le concept de citoyen de l'an III de présenter une validation « empirique » de la théorie des contraintes juridiques (section 2.2).

2.1. La place de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper

Michel Troper a produit de nombreux travaux historiques. En témoigne, le choix des différents articles dans la publication des trois recueils *Théorie générale de l'Etat*¹⁷⁶, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*¹⁷⁷, *Le droit et la nécessité*¹⁷⁸. Chacun de ces ouvrages contient un titre ou une partie en lien avec l'histoire constitutionnelle, on peut citer notamment le « Titre I : Histoire du constitutionnalisme » dans *Théorie générale de l'Etat*¹⁷⁹, la « Troisième partie : Histoire constitutionnelle » dans *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*¹⁸⁰, ou encore « Titre IV : Histoire » dans *Le droit et la nécessité*¹⁸¹. On peut également noter les ouvrages *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*¹⁸² et *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*¹⁸³. La place de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper est donc importante. Dans « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », il apparaît que l'Histoire revêt différentes fonctions dans la théorie du droit, outre le fait que les théories du droit peuvent elles-mêmes être le produit de l'Histoire. On peut dégager deux principales caractéristiques de l'Histoire en lien avec la théorie du droit. L'Histoire possède d'une part une valeur rhétorique ; d'autre part, elle fait office de validation empirique.

Premièrement, l'Histoire joue, dans ce sens, un véritable rôle dans le discours rhétorique. Michel Troper écrit : « C'est [...] l'histoire qui est invoquée pour renforcer des

¹⁷⁶ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, 358 p.

¹⁷⁷ TROPER M., *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

¹⁷⁸ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

¹⁷⁹ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, 358 p.

¹⁸⁰ TROPER M., *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

¹⁸¹ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

¹⁸² TROPER M., *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, 778 p.

¹⁸³ TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1980, 251 p.

théories à fonction justificative »¹⁸⁴, puis plus loin l'auteur déclare « la référence historique [...] possède surtout une valeur rhétorique »¹⁸⁵. En effet, les travaux et illustrations historiques viennent régulièrement consolider les démonstrations théoriques. On peut dire en ce sens à la manière Hayden White que l'histoire est « un artifice littéraire »¹⁸⁶. L'Histoire se réécrit à la suite d'une opération de « préfiguration » qui détermine le sujet du discours historique. Il s'agit de développer une « métahistoire ». Michel Troper parle de « méta-concepts » qu'il convient de « fabriquer »¹⁸⁷. Ce ne sont donc pas des produits de l'Histoire mais de la théorie du droit. Dans « L'expérience américaine et la Constitution française du 3 septembre 1791 », Michel Troper précise que son « travail n'est donc pas à proprement parler un travail historique, mais une reconstruction à fonction théorique »¹⁸⁸. L'Histoire joue donc un véritable rôle dans le discours rhétorique.

Deuxièmement, l'Histoire joue un rôle de validation empirique. Michel Troper expose clairement cet aspect dans un article « Les concepts juridiques et l'histoire »¹⁸⁹. Une science empirique est une science dont les propositions sont vérifiables de manière empirique. Si l'on maintient l'objectif de construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, on se doit de proposer un critère de démarcation entre les propositions qui ont un sens dans la réalité de celles qui n'en n'ont pas. L'Histoire apparaît alors comme le critère de validation des propositions de droit. Michel Troper écrit : « ce n'est pas à proprement parler l'analyse historique qui permet de tester les modèles théoriques, mais seulement la confrontation du modèle avec une réalité empirique, quel que soit le moment historique de cette réalité. Il n'y a à cet égard aucune différence entre la manière de tester la validité du modèle "régime

¹⁸⁴ **TROPER M.**, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2010, p. 4-15. Repris dans **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, p. 276.

¹⁸⁵ **TROPER M.**, *op.cit.*, p. 276.

¹⁸⁶ Hayden White est né le 12 juillet 1928 dans le Tennessee. Il est historien de la critique littéraire, Professeur émérite de l'Université de Californie.

¹⁸⁷ **TROPER M.**, *op.cit.*, p. 276.

¹⁸⁸ **TROPER M.**, « L'expérience américaine et la Constitution française du 3 septembre 1791 », in Roberto Martucci (éd), *Constitution et Révolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, Laboratorio di Storia Costituzionale, 1995, p. 225 et s. Repris dans **TROPER M.**, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, p. 115.

¹⁸⁹ **TROPER M.**, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Darcy*, Bruxelles, Bruylant, 2012. Repris dans **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, p. 254-268.

d'assemblée'' au regard de l'expérience de 1792-1795 et celles des modèles ''présidentiel'' ou ''parlementaire'' au regard des régimes contemporains »¹⁹⁰.

Par conséquent, la place de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper est aussi celle de l'étape du test empirique des propositions théoriques. L'application de la théorie des contraintes aux mutations du concept de citoyen an l'an III offre une illustration de ce test.

2.2 Une application de la théorie des contraintes juridiques : le concept de citoyen

Dans la théorie des contraintes, Michel Troper présente une application de celle-ci aux mutations du concept de citoyen en l'an III¹⁹¹. Afin de comprendre la problématique, nous allons décomposer le propos de la manière suivante : la présentation, tout d'abord, de la situation historique, ensuite, de la problématique et de la contrainte, et, enfin, de la solution dégagée sous la contrainte, à savoir la naissance d'un nouveau concept.

La Constitution de l'an III

La Constitution de l'an III est le moment historique choisi par Michel Troper pour présenter une application de la théorie des contraintes juridiques. La Constitution de l'an III s'inscrit dans un contexte particulier, il s'agit de la fin de la terreur, la chute de Robespierre. Les Thermidoriens souhaitent mettre « fin à la Révolution ». Pierre-Charles-Louis Baudin déclare au moment de la proposition du texte le 18 août 1795 : « Il est temps que la réalité succède aux passions » et que s'arrête « l'anarchie révolutionnaire affaissée sous le poids de ses propres excès »¹⁹². De ce fait, la Constitution de 1795 se présente comme une rupture profonde non seulement avec le gouvernement de type révolutionnaire mais aussi avec les termes de la Constitution montagnarde, démocratique et universaliste de 1793. Les Thermidoriens souhaitent mettre en place une République, « c'est-à-dire un système

¹⁹⁰ **TROPER M.**, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, 2010, p. 4-15. Repris dans **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, p. 275.

¹⁹¹ **TROPER M.**, « Les mutations du concept de citoyen en l'an III », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, p. 45-51.

¹⁹² **TROPER M.**, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 624.

exclusivement représentatif, capable de produire une législation modérée »¹⁹³. En l'espèce, la convention avait chargé une commission de onze membres de rédiger une constitution sous la forme d'une loi organique. Celle-ci prépare un projet distinct de 1793. En particulier, la Constitution de l'an III est en rupture avec la Constitution de 1793 en ce qui concerne le droit de vote¹⁹⁴. Michel Troper s'intéresse aux règles qui encadrent la rédaction d'une constitution et non pas à l'idéologie qu'elle comporte. Cette manière de procéder fait ainsi apparaître les contraintes argumentatives dans lesquelles sont pris les constituants.

Suffrage universel et limite du droit de vote : une contrainte

La contrainte apparaît très nettement dans le dilemme auquel sont confrontés les constituants. D'un côté, les Thermidoriens souhaitent limiter le droit de vote à ceux qui payent une contribution minimum. D'un autre côté, la Constitution de 1793 était populaire précisément parce qu'elle instituait le suffrage universel masculin. Le suffrage universel est défini comme le vote de l'ensemble des citoyens. Se dessine alors une contrainte argumentative. Il s'agit de limiter le droit de vote à ceux qui payent une contribution minimum sans pour autant remettre en cause le suffrage universel, c'est-à-dire de tous les citoyens. Le concept de citoyen se situe au cœur de la contrainte argumentative. Michel Troper présente plusieurs techniques afin de contourner ce dilemme qui prend racine dans le concept de citoyen¹⁹⁵.

La première technique argumentative fait référence à la Constitution de 1791. Celle-ci a été construite sur la base d'une distinction entre deux concepts de citoyen. Tout d'abord, « sont citoyens français ; ceux qui sont nés en France d'un père français ; - Ceux qui, nés en France d'un père étranger, d'un père français, sont venus s'établir en France et ont prêté le serment civique ; - Enfin ceux qui, nés en pays étranger et descendant à quelque degré que ce soit d'un français ou d'une française expatriés pour cause de religion viennent demeurer en France et prêtent le serment civique »¹⁹⁶. Ensuite, les citoyens entendus dans un sens plus étroit sont ceux qui possèdent des droits politiques, c'est-à-dire le droit de vote notamment.

¹⁹³ TROPER M., « Les mutations du concept de citoyen en l'an III », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, p. 45.

¹⁹⁴ TROPER M., *op.cit.*, p. 45-46.

¹⁹⁵ TROPER M., *op.cit.*, p. 46.

¹⁹⁶ TROPER M., *op.cit.*, p. 46.

Enfin, pour réduire l'accès au droit de vote, la Constitution de 1791 opère une différence entre le « citoyen actif » et le « citoyen passif ». Ainsi, dans cette Constitution, la qualité de citoyen résulte du droit naturel. Il est impossible de distinguer entre les femmes, les aliénés ou les pauvres, tous sont citoyens. Cette technique doit être écartée. Elle ne permet pas de limiter le droit de vote à ceux qui payent une contribution minimum tout en conservant l'apparence d'un suffrage universel puisqu'il n'est pas possible de dégager plusieurs catégories de citoyens et que tout le monde est citoyen dans les conditions fixées par la Déclaration des droits de l'Homme. La deuxième technique argumentative envisagée est celle de la Constitution montagnarde¹⁹⁷. Celle-ci met en place une distinction entre les citoyens qui peuvent exercer leur droit et ceux qui ne peuvent pas exercer leur droit politique. Cependant, à l'image de la Constitution de 1791 tous sont citoyens. Cette technique n'est pas utilisable par les constituant de l'an III, selon Michel Troper, car elle suppose que l'attribution de ce droit positif puisse être justifiée par des considérations tenant à la nature des choses, or il est impossible, par exemple, de dire que par nature les pauvres souffrent d'une incapacité à exercer leur droit positif. La troisième technique argumentative envisagée est celle de la Constitution des girondins¹⁹⁸. Elle présente la citoyenneté non pas comme un droit naturel, mais comme un droit conventionnel dont seulement certains hommes peuvent jouir. Ainsi, seules les personnes déclarées capables par le pouvoir constituant peuvent exercer ce droit. Il est alors possible de limiter le droit de vote à ceux qui payent une contribution. La solution retenue par le constituant de 1795 fait apparaître un nouveau concept de citoyen sous la contrainte.

La naissance d'un nouveau concept de citoyen : produit de la contrainte

La contrainte donne naissance à un nouveau concept de citoyen. La Constitution de l'an III est fondée sur une distinction entre deux concepts de citoyen. Tout d'abord, la citoyenneté est un droit conventionnel ; l'article 8 du Titre 2 « Etat politique des citoyens » dispose : « Tout homme né et résidant en France, qui âgé de vingt et un ans accomplis s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré pendant une année sur le territoire de la République et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français ». Il y a donc un premier concept celui de citoyen titulaire de droit politique

¹⁹⁷ TROPER M., *op.cit.*, p. 47.

¹⁹⁸ TROPER M., *op.cit.*, p. 49.

dans le sens moderne. Néanmoins, il reste à déterminer le statut du reste du peuple. La Constitution de l'an III dégage alors un second concept de citoyen plus large, celui de citoyen comme titulaire de droits civils. Ce concept de citoyen est présent à l'article 335 du Titre XII « Relations extérieures » qui dispose : « Les étrangers, établis ou non en France, succèdent à leurs parents étrangers ou français ; ils peuvent contracter acquérir et recevoir des biens situés en France, et en disposer de même que les citoyens français, par tous les moyens autorisés par les lois ». Dans cette seconde acception, le citoyen français visé n'est pas le seul électeur ; il s'agit du citoyen français qui jouit des droits civils. Il y a donc une distinction entre droits civils et droits politiques¹⁹⁹.

Ainsi, sous la contrainte argumentative, les constituants de l'an III a été obligé de dégager un nouveau concept de citoyen²⁰⁰. Michel Troper note qu'il y a tout de même une certaine continuité dans les principes même s'il emploie l'expression de « mutation du concept de citoyen »²⁰¹. En effet, la Constitution de l'an III reprend l'idée présente dans la Constitution de 1791 d'une distinction entre deux concepts de citoyens, mais également l'idée d'une distinction entre droit politique et droit civique présente dans la Constitution montagnarde, et enfin l'idée d'une citoyenneté entendue non pas comme un droit naturel mais comme un droit conventionnel présente dans la Constitution des girondins.

¹⁹⁹ TROPER M., *op.cit.*, p. 51.

²⁰⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., TROPER M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, p. 45-51.

²⁰¹ TROPER M., *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 16.

CONCLUSION

L'œuvre de Michel Troper peut être présentée comme l'image spéculaire de celle de Hans Kelsen. Dans ce sens, ce travail a montré que Michel Troper construit une théorie réaliste de l'interprétation à partir des lectures critiques de la *Théorie pure du droit*. La théorie réaliste de l'interprétation et ses prolongements dans la théorie des contraintes procède du même objectif initial que la *Théorie pure du droit*. Il s'agit de construire une science du droit spécifique sur le modèle des sciences empiriques. C'est la volonté de réaliser cet objectif qui pousse Michel Troper à dépasser la *Théorie pure du droit* en traçant une voie moyenne entre le normativisme et l'empirisme.

Au terme de ces recherches, nous avons obtenu les résultats suivants.

Premièrement, la controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen sur le concept de validité est une clef pour saisir la source de cette « voie moyenne ». Michel Troper accepte l'idée de Hans Kelsen que la validité est le mode d'existence des normes, c'est-à-dire leur appartenance à un ordre juridique, mais rejette l'idée de définir les conditions de cette appartenance à travers une relation objective de précédence et de conformité entre normes dans la sphère du « devoir être ». En effet, selon Michel Troper, il faut différencier le mode d'existence de la validité des critères ou conditions de la validité. Si la norme est une signification d'une prescription émanant d'un acte de volonté, alors la validité est le fait que cette signification soit objectivement reconnue par l'ordre juridique. Ce fait est l'effet d'une cause : l'attribution de la signification d'un texte par un acte d'interprétation authentique. Cet acte et ses contraintes sont d'ordre juridique. Ainsi, Michel Troper s'efforce de conserver l'armature de la théorie de Hans Kelsen tout en y introduisant un élément réaliste : l'interprétation des textes par les juges, localisée entre l'acte de volonté (un « être ») du législateur et la signification de cet acte (un « devoir être »).

Deuxièmement, à l'issue de l'étude de la théorie réaliste de l'interprétation, nous avons retiré deux conclusions. La première est énoncée par Michel Troper lui-même. La théorie réaliste de l'interprétation nécessite un ajustement de la métaphore de la pyramide

kelsenienne. Dans la théorie réaliste de l'interprétation, l'objet de l'interprétation est un texte, et le sens du texte est *a priori* indéterminé. De ce fait, l'autorité d'une Cour statuant en dernier ressort fixe elle-même la hiérarchie des compétences en procédant à des actes d'interprétation authentiques : la pyramide est interne au raisonnement des juges. Mais, lorsque plusieurs cours statuant en dernier ressort interprètent un même texte différemment, on peut considérer que le discours des interprètes génère autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions. D'autre part, la théorie réaliste de l'interprétation rend superflue l'hypothèse de la norme fondamentale. Ce travail fait apparaître un corollaire non clairement identifié dans la littérature : ce bénéfice est relatif car son obtention nécessite une autre hypothèse fondamentale, à savoir l'indétermination sémantique d'un texte. Sans cette hypothèse sur l'objet sur lequel l'acte empirique s'applique, la théorie réaliste de l'interprétation ne fonctionne pas, de la même manière que la *Théorie pure du droit* s'écroule sans l'hypothèse fondamentale sur le « devoir être » qui fonde l'ordre normatif.

Troisièmement, la théorie des contraintes juridiques est conçue dans l'optique de consolider ou redresser la théorie réaliste de l'interprétation. Ce prolongement théorique rend compte du fait que les interprètes, liés par des jeux de pouvoir, se contrôlent les uns les autres en utilisant le droit. Dans la *Théorie pure du droit*, l'ordre juridique est conçu à travers une logique des normes dans la sphère du « devoir être » : chaque norme tire sa validité d'une norme supérieure et la structure s'impose comme une vérité aux yeux des interprètes. Concevoir les normes comme des entités conceptuelles ou idéales permet de justifier le développement d'une logique formelle des normes : la logique déontique qui formalise éléments modaux du type « il est obligatoire de faire p », « il est permis de faire p »... Pour Michel Troper, cette vision est incompatible avec une théorie empirique du droit. Or, ce travail montre que le redressement de la théorie réaliste de l'interprétation par la théorie des contraintes juridiques mène au même type d'incompatibilité. La théorie des contraintes juridiques construit une abstraction de l'interprète, l'*homo juridicus*, sur le modèle de la théorie des jeux. Cette voie mène inévitablement au développement d'une logique épistémique des décisions qui permet de modéliser des éléments modaux de type « je sais p », « je sais que q » ... sans rapport avec une logique du droit.

BIBLIOGRAPHIE

Section 1 : Bibliographie sélective de Michel Troper

- 1.1. Monographie de Michel Troper
- 1.2. Articles et contributions de Michel Troper

Section 2 : Bibliographie complémentaire

- 2.1. Monographie
- 2.2. Articles et contributions
- 2.3. Jurisprudences

Section 1 : Bibliographie sélective de Michel Troper

1.1. Monographie de Michel Troper

TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1980, 251 p.

GRZEGORCZYK C., MICHAUT F., TROPER M., *Le positivisme juridique*, Bruxelles, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1993, 535 p.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, 358 p.

MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, 236 p.

TROPER M., *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C., TROPER M., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2005, 216 p.

TROPER M., *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, 778 p.

TROPER M., *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} édition ; 2011, 128 p.

TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

1.2. Articles et contributions de Michel TROPER :

TROPER M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.*, 1978, p. 1523-1536.

TROPER M., « La motivation des décisions constitutionnelles », in PERELMAN C., FORIERS P., (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Paris, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 287-299.

TROPER M., « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de Philosophie*, 1981, p. 518-529.

TROPER M., « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit », in *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, 1984, p. 527-539.

TROPER M., « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, 1986, Numéro spécial « Philosophie et Epistémologie Juridiques », p. 187-204.

TROPER M., « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société*, 1987, Vol. 11, N°2, p. 195-204.

TROPER M., « La signature des ordonnances ; fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 75-91.

TROPER M., « Imputation », *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Story-Scientia, 1988, p. 293-294

TROPER M., « Norme », *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Story-Scientia, 1988, p. 406-407.

TROPER M., « Positivisme », *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Story-Scientia, 1988, p. 461-463.

TROPER M., « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in AMSELEK P., GRZEGORCZYK C., (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « Questions », 1989, p. 53-66

TROPER M., « La doctrine et le positivisme. A propos d'un article de Danièle Lochak », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 286-292.

TROPER M., « Un système pur du droit : Le positivisme de Kelsen », in *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, Bouretz. P., (dir.), Paris, Esprit, 1991, p. 117-137.

TROPER M., Article « Positivism juridique », *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL O., PISIER E., MENY Y., (dir.), Paris, P.U.F., 1991, p. 769-770.

TROPER M., Article « Jusnaturalisme », *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL O., PISIER E., MENY Y., (dir.), Paris, P.U.F., 1991, p. 548-549.

TROPER M., Article « Normativisme », *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL O., PISIER E., MENY Y., (dir.), Paris, P.U.F., 1991, p. 666-668.

TROPER M., « Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen », in BOURETZ P., (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 117-137.

TROPER M., « La fonction de juger est-elle un pouvoir ? », *Revue politique et parlementaire*, n°954, « La justice et l'Etat », 1991, p. 31-34.

TROPER M., « Entre science et dogmatique la voie étroite de la neutralité », in AMSELEK P., (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1993, p. 311-325.

TROPER M., « Sur la théorie juridique de l'Etat », *Le débat*, 1993/2, n°74, p. 74-85.

TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in MILLARD E., KELSEN H., HART L.A. H., TROPER M., (dir.), *Théories réalistes du droit : dossier*, Strasbourg, P.U.S., coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », 2000, p. 51-68.

TROPER M., « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA C.-M., *Actualité de Kelsen en France*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 29-46.

TROPER M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droits et société*, 2002/1, n°50, p. 43-57.

TROPER M. « Réplique à Otto Pfersmann », *R.F.D.C.*, 2002/2, n°50, p. 335-352.

TROPER M., « Science du droit », in RAYNAUD P., RIALS S., (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3ème édition, P.U.F., coll. « Quadrige », 2003, p. 1391-1394.

TROPER M., Article « Normativisme », in ALLAND D., RIALS S., (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Lamy », 2003, p. 1074-1079.

TROPER M., « Le positivisme juridique et les droits de l'homme », *Droit et justice*, 2007, n°26, p. 47-52.

TROPER M., « Argumentation et explication », *Droits*, 2011, n°54, p. 3-26.

TROPER M., « The Structure of the Legal System and the Emergence of State », in *The Straus Institute Working Paper Series*, 06/12, 2012, p. 43-56.

Section 2 : Bibliographie complémentaire

2.1. Monographie

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 1998, 286 p.

BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso éditions, 2013, 207 p.

BRUNET B., BECHILLON D., CHAMPEIL-DESPLATS V., *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 1028 p.

HARDY T., *Postures et impostures du juspositivisme. Une lecture critique de la notion de positivisme juridique dans la littérature savante du XIXème et XXème siècles*, Canada, Thèse, Faculté de Laval, 2011, 266 p

KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1996, 604 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Toulouse, Bruylant-L.G.D.J, coll. « La pensée juridique », réédition 1999, 367 p.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2009, 17ème édition , 980 p.

ROSS A., *Validity and the conflict between legal positivism and naturel law*, Revista Juridica de Buenos Aires, IV, 1961, trad. Française par E. Millard et E. Matzner, in ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, L.G.D.J., coll. « La pensée juridique », 2004, 232 p.

SERIAUX A., *Le droit naturel*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1993, 128 p.

STRAUSS L., *Droit Naturel et Histoire*, Paris, Champs Flammarion, réédition 1995, 323 p.

2.2. Articles et contributions

AMSELEK P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, *R.R.J.*, 2007, p. 557.

BECHILLON (de) D., « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *R.R.J.*, n° 19, 1994/1, p. 247-266.

BOBBIO N., « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome I. Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz – Sirey, 1961, p. 53-74.

BRUNET P., « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », in *La transgression, Actes du colloque de Toulon*, Larcier, 2013, p. 397-414.

CARRÉ de MALBERG R., « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p. 192-203

HART L.H.A., « Le concept de droit », Bruxelles, *Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*, 1976, p.106-107

LEBEN C., « Troper et Kelsen », *Droits*, 2003, p. 13-29.

LOCHAK D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? Une neutralité impossible », in AMSELEK P., (dir.), *Théorie du droit et science*, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, p. 293-309.

MILLARD E., « Présentation », *Droit et société*, n°50, 2002, Dossier « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? Lecture d'Alf Ross », p. 13-18

MILLARD E., « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in BRUNET B., BECHILLON D., CHAMPEIL-DESPLATS V., *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 724-734.

MINCKE CH., « Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.*, 1998, p. 126.

Numéro spécial : « Michel Troper », *Droits*, 2003, n°37, p. 4-215.

PFERSMANN O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in PFERSMANN O., TIMSIT G., (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 11.

PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 279-334.

PFERSMANN O., « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, 2002/4, n°52, p. 759-788.

RIALS S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, n°37, p. 49-85.

WALLISER B., « Logique épistémique et théorie des jeux », *Revue Economique*, vol. 41, 1991, p. 801-832.

2.3. Jurisprudences

C.E., Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, rec. 110, ccl. J. Delvolvé.

D.C., 16 juillet 1971, « *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association* », n°71-44.

2.4 Encyclopédie en ligne

Encyclopaedia Universalis, disponible sur <http://www.universalisedu.com/encyclopedie/>

INDEX THEMATIQUE

Les chiffres en caractères italiques indiquent le numéro de page.

- Acte de volonté, 29, 47.
- Causalité, 25.
- Droit naturel, 13.
- Droit positif, 15.
- Hiérarchie des normes, 39.
- Imputation, 25.
- Interprétation, 43.
- Juges, 43, 48.
- Hume (loi de), 25.
- Norme, 19, 27, 37.
- Norme fondamentale, 30, 39, 51.
- Ontologie, 24.
- Positivismisme, 7.
- Réalisme
 - Réalisme américain, 21, 35.
 - Réalisme scandinave, 21.
- Science du droit, 7, 15.
- Sollen-Sein, 18.
- Syllogisme, 45.
- Validité, 24.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	3
Section 1 : Présentation de Michel Troper et Hans Kelsen	4
<i>Michel Troper</i>	4
<i>Hans Kelsen</i>	6
Section 2 : Recherche d'une « voie moyenne » dans la théorie réaliste de l'interprétation	7
TITRE 1 : MICHEL TROPER ET LA THEORIE PURE DU DROIT	15
Chapitre 1 :	17
La volonté commune de construire une épistémologie du droit sur le modèle des sciences de la nature	17
Section 1 : Le rejet du jusnaturalisme	18
1.1. Le droit naturel classique	18
1.2. Le droit naturel moderne	19
Section 2 : Michel Troper et Hans Kelsen : des juspositivistes	20
2.1. Normativisme et la <i>Théorie pure du droit</i>	23
2.2. Le réalisme juridique et la théorie réaliste de l'interprétation	26
Chapitre 2 :	31
Ontologie des normes, validité et empirisme	31
Section 1 : La spécificité de la science du droit	32
1.1. Causalité <i>versus</i> imputation	32
1.2. L'objet de la science du droit : les normes juridiques	35
Section 2 : La validité : recherche d' « une voie moyenne »	37
2.1. Validité, structure du droit et efficacité dans la <i>Théorie pure du droit</i>	38
2.2. Validité, obligation et efficacité : de la controverse entre Alf Ross et Hans Kelsen à la relecture réaliste de Michel Troper	42
<i>A la recherche d'une « voie moyenne »</i>	43
<i>La critique de Alf Ross</i>	44
<i>La lecture réaliste de Michel Troper</i>	47

TITRE 2 : DEPASSEMENT DE HANS KELSEN	55
Chapitre 1 :	57
Une théorie réaliste de l'interprétation.....	57
Section 1 : Une critique réaliste de l'interprétation dans la <i>Théorie pure du droit</i>	58
1.1. Hans Kelsen et l'interprétation.....	58
1.2. Point de vue et critique de Michel Troper, et réplique de Otto Pfersmann.....	60
<i>Le point de vue de Michel Troper</i>	60
<i>Les critiques : le texte, la norme et l'interprétation</i>	62
<i>La réplique de Otto Pfersmann</i>	64
Section 2 : La théorie réaliste de l'interprétation et ses conséquences	67
2.1 L'interprète, la norme et la validité.....	67
2.2 Structure de l'ordre juridique et pouvoir des interprètes.....	70
Chapitre 2 :	73
« Redresser » la théorie réaliste de l'interprétation ou la théorie des contraintes juridiques.....	73
Section 1 : La théorie des contraintes juridiques : solution au paradoxe soulevé par la théorie réaliste de l'interprétation	74
1.1 Le paradoxe.....	75
1.2 La théorie des contraintes : une théorie des situations stratégiques.....	76
<i>Eléments de définition de la théorie des contraintes</i>	76
<i>Critique de la théorie de l'émergence des contraintes juridiques</i>	79
Section 2 : Un appel à l'histoire constitutionnelle : application de la théorie des contraintes juridiques	83
2.1. La place de l'Histoire dans les travaux de Michel Troper	83
2.2 Une application de la théorie des contraintes juridiques : le concept de citoyen... 85	
<i>La Constitution de l'an III</i>	85
<i>Suffrage universel et limite du droit de vote : une contrainte</i>	86
<i>La naissance d'un nouveau concept de citoyen : produit de la contrainte</i>	87
CONCLUSION.....	89
BIBLIOGRAPHIE.....	93
INDEX THEMATIQUE	101

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**
Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**
Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breuer, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**
Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**
Mélania Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**
Julia Gudefin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**
Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**
Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**
Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**
Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**
Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**
Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**
Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 19 Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques.**
Lucien Breteau, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.
- **N° 20 Les contrats entre personnes publiques.**
Hugo Devillers, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Bertrand Dacosta, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.

- **N° 21 La légitimation du système français de justice constitutionnelle.**
Aïda Manouguian, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Stéphane Caporal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.
- **N° 22 Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français.**
Elise Fraysse, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.
- **N° 23 Le régime juridique de l'intérêt général.**
Emilie Barbin, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.

**Imprimé par le Service Édition
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**