

Autorité, intention, innovation
Joseph Raz et la théorie de l'interprétation

Mathieu Carpentier
(Université de Paris I)

To interpret a piece of music is to realize its portrait, and what I demand is the realization of the piece itself, and not of its portrait.

— Igor Stravinsky

Judicial interpretation can be as creative as a Glen (*sic*) Gould interpretation of a Beethoven piano sonata.

— Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*

Introduction

La réflexion sur l'interprétation en droit est généralement vouée à décrire et évaluer les canons et techniques d'interprétation qui ont cours au sein d'une pratique. La question centrale est donc : comment doit-on interpréter ? Il va de soi que la réponse que l'on donne à cette question est indissociablement liée au but que l'on assigne à l'interprétation elle-même. C'est pourquoi les théories classiques de l'interprétation juridique (les Exégètes, Gény, etc.) peinent à distinguer entre l'examen de la nature de l'interprétation juridique et la détermination de règles d'interprétation qui devraient être appliquées par l'interprète (au premier chef le juge) lorsque le sens de l'*interpretandum* est, pour une raison ou une autre, douteux. La confusion de ces deux problèmes conduit nécessairement à une aporie toute théorie de l'interprétation qui voudrait être autre chose que le simple constat du fait que les juges interprètent. Hart a depuis longtemps fait remarquer que dans les cas clairs, le sens de la règle applicable étant non douteux, il n'y avait pas à interpréter (ce qui n'est qu'une redite de l'adage *in claris non interpretandum*), et que dans les cas difficiles, les canons de l'interprétation ne pouvaient être d'aucune utilité dès lors que la solution du litige ne peut

être obtenue que par une décision discrétionnaire du juge : ce qui se présente comme une interprétation dans ces cas (et dans ces cas seulement) n'est qu'un pur verbiage destiné à cacher le choix opéré par le juge face à un cas de texture ouverte de la règle¹.

Dès lors que l'on accepte – ce que l'on n'est pas obligé de faire – une distinction (nuancée) entre cas clairs et cas difficiles, il semble bien que toute théorie de l'interprétation soit superfétatoire. Il n'en va pas ainsi dès lors que l'on remplace la question « comment interpréter ? » par « pourquoi interpréter ? ». C'est cette question que prend en charge Joseph Raz dans les essais récemment réunis dans le recueil *Between Authority and Interpretation*², dont la plupart datent des années 1990. Se poser cette question revient à se demander quel est le type de raisons qui conduisent l'interprétation à jouer un rôle central au sein du raisonnement juridique³. Il ne s'agit donc pas à proprement parler de fournir une thèse normative sur les avantages comparatifs des diverses conventions ou techniques d'interprétation, mais d'élucider les raisons de la nécessité de l'interprétation. Ainsi la référence centrale à l'intention du législateur apparaît chez Raz moins comme une technique permettant de résoudre un cas obscur que comme une contrainte générale sur l'interprétation juridique comme telle.

La question est donc de savoir dans quelle mesure il fait sens de parler de fidélité interprétative, et de quelle manière l'interprétation modifie le sens de la norme (et par conséquent modifie la norme elle-même). Cette

¹ H. L. A. Hart, *Le Concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Presses Universitaires de Saint-Louis, 2005, p. 145. Le propos de Hart ne se confond pas tout à fait avec le point de vue analogue de Kelsen, selon lequel toutes les méthodes d'interprétation se valent, l'acte d'interprétation étant toujours un acte de volonté. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e édition, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 457-458.

² J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Parmi les comptes-rendus les plus significatifs, on retiendra T. Campbell, « Between Authority and Interpretation », in *Journal of Law and Society*, 37/3, 2010 ; M. Goldoni, « Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* », in *Modern Law Review*, 73/1, 2010 ; K. Toh, « Some Moving Parts of Jurisprudence », in *Texas Law Review*, 88/5, 2010. Voir également J. Goldsworthy, « Raz on Constitutional Interpretation », in *Law and Philosophy*, 22, 2003.

³ Je restreins mon objet à l'interprétation comme partie du raisonnement juridique (typiquement du raisonnement judiciaire), au détriment des querelles portant sur l'interprétativisme comme méthode philosophique, qui constitue le cœur du défi porté par Dworkin au positivisme hartien. Il sera donc assez peu question de Dworkin ici : on adoptera sur le droit un « point de vue externe modéré » et dès lors il n'y a aucune raison pour refuser de distinguer les questions métathéoriques et les questions de théorie du raisonnement juridique, où l'interprétation joue un rôle privilégié. Je renvoie, au sujet de l'interprétativisme, aux deux articles classiques de Stephen R. Perry : S. Perry, « Interpretation and Methodology in Legal Theory » in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; S. Perry, « Hart's Methodological Positivism » in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press 2001.

posture implique que l'on trouve une voie entre d'un côté la thèse sceptique qui fait de l'interprète le créateur de la norme, et de l'autre la thèse formaliste selon laquelle la tâche de l'interprète consiste à retrouver (fidèlement) le sens que l'auteur de l'*interpretandum* voulait y mettre, comme si ce sens préexistait à toute convention d'interprétation.

Le présent article se donne pour objectif de vérifier l'hypothèse selon laquelle la théorie de l'interprétation formulée par Raz constitue un prolongement nécessaire de sa théorie classique de l'autorité. De prime abord, l'interprétation ne semble pas y jouer un rôle significatif. Pourtant, certaines des controverses importantes sur l'interprétation qui ont agité le positivisme anglo-saxon depuis vingt ans trouvent leur source précisément dans la théorie razienne de l'autorité, et engagent des compréhensions parfois contradictoires de cette théorie. C'est particulièrement le cas dans les controverses qui portent sur le statut de l'intention du législateur⁴ : si l'on part du principe que le droit s'ordonne autour d'une structure d'autorité telle que Raz la décrit, alors il semble paradoxal que l'intention de l'auteur de la norme ne joue pas un rôle central dans l'interprétation des directives dotées d'autorité.

C'est pourquoi, après avoir rappelé dans un premier temps les contours de la théorie générale de l'interprétation proposée par Raz, on analysera les enjeux des controverses portant sur l'intention avant d'esquisser un aperçu de la solution « minimale » que Raz apporte à ce problème.

I. Qu'est-ce qu'interpréter ?

Raz propose (jusqu'à un certain point) une doctrine unifiée de l'interprétation, qui, du point de vue des caractéristiques fondamentales, ne distingue pas entre l'interprétation juridique (ou, plus largement, pratique), l'interprétation en matière littéraire et artistique (en anglais, *humanities*), et ce que l'on pourrait appeler l'interprétation performance (l'exécution d'une

⁴ Il ne sera en première instance pas fait de différence particulière entre l'interprétation constitutionnelle et l'interprétation législative. A bien des égards, il semble que la première requière une théorie séparée. Comme l'a fait remarquer Andrei Marmor (A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nd édition, Portland, Hart Publishing, 2005 [1992], p. 141), les affaires constitutionnelles sont presque toujours des *hard cases* où le pouvoir du juge est par nature discrétionnaire ; ce sont celles où la légitimité démocratique de l'interprétation est d'autre part la plus sujette à controverses (par exemple *Originalisme v. Living Constitution*). On s'abstiendra pourtant de réserver un sort particulier aux problèmes d'interprétation constitutionnelle qui ne font qu'illustrer la déperdition d'autorité de toute directive juridique. Pour un examen critique de la distinction traditionnelle entre interprétation constitutionnelle/législative, voir L. Alexander & E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 220-231.

symphonie, la mise en scène d'une pièce de théâtre). Le fait que l'interprétation juridique pose des problèmes particuliers n'implique pas qu'il y ait, à un niveau fondamental, une façon spécifiquement juridique d'interpréter. Ce n'est pas parce que le droit contient des règles ou des canons d'interprétation propres que l'activité interprétative qu'il déploie dépend intrinsèquement de ces canons⁵. Raz distingue ainsi un certain nombre de traits qui caractérisent de manière essentielle toute activité interprétative – même s'il est vrai que d'un chapitre à l'autre de *Between Authority and Interpretation*, les points soulevés par Raz ne se recoupent pas toujours. On peut toutefois relever les traits suivants : 1° une interprétation est toujours interprétation de quelque chose, ou de ce que Raz appelle un *original* ; 2° une interprétation est une certaine explication du sens de l'objet. Lorsqu'il s'agit d'une interprétation-performance (sur laquelle je reviendrai plus bas), il s'agit d'une monstration (*display*) de ce sens. Quoi qu'il en soit, une interprétation ne se confond pas avec toute explication ou explicitation de la signification d'un objet (typiquement un texte). En particulier l'interprétation ne se confond pas avec l'explication sémantique des termes d'un énoncé, il s'agit toujours d'un morceau de raisonnement formulé sur cet énoncé lui-même⁶. En matière d'interprétation-performance, il va de soi qu'interpréter une symphonie ne revient pas à expliquer ce qu'est, par exemple un *do*, ni même ce qu'est une symphonie. En définitive, l'interprétation est un type d'explication qui met en lumière certains aspects non manifestes de la signification. 3° Une interprétation peut être bonne ou mauvaise, correcte ou incorrecte. 4° L'interprétation est un acte intentionnel ; on ne saurait interpréter de manière adventice, il faut que l'on ait l'intention d'interpréter⁷.

Raz adosse cette explicitation à une conception conventionnaliste de la signification. Ce qu'un énoncé signifie en général, c'est la signification qu'il a pour quelqu'un ; il faut donc supposer que le sens habituel des termes atomiques, ainsi que des opérateurs, est toujours le sens que ces termes ont communément pour le groupe de référence. Ici Raz joue un peu sur la polysémie du terme *mean* en anglais, qui, outre sa dimension

⁵ J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 225 et p. 356.

⁶ Point souligné avec force par Andrei Marmor, dans A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nd édition, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 12. Marmor diffère de Raz, dans la mesure où Marmor fait de l'interprétation une activité *sui generis*, distincte de l'explication. Raz utilise un concept beaucoup plus large d'explication, de manière à ce qu'il s'applique également à l'interprétation-performance : l'explication est ce qui fait *comprendre* (*understand*) quelque chose ; mais il demeure que l'interprétation est un type particulier d'*understanding* (cf. J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 266).

⁷ L'argument (bien que d'apparence triviale) est dirigé contre Michael Walzer. Voir M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Harvard University Press, p. 20, et J. Raz, « Morality as Interpretation », in *Ethics*, 101/2, 1991.

standard, peut prendre une valeur expressive, où la « signification » est susceptible d'une plus ou moins grande intensité : la « signification » (intensive) qu'un objet quelconque peut revêtir pour un individu (*it means a lot to me*) n'implique nullement que cet objet soit revêtu d'une signification (standard) ; mais pour être revêtu d'une signification, il faut que l'objet (par exemple un texte) ait cette signification *pour* un individu ou un groupe quelconque. Lorsque Raz distingue entre interprétation conventionnelle (qui cherche à expliquer la signification qu'a un original pour le groupe de référence auquel appartient l'interprète) et interprétation conservante⁸ (qui cherche à expliquer la signification qu'un original a pour son auteur ou pour le groupe de référence auquel l'auteur appartient), il n'indique pas quel type de signification est en jeu : en particulier, si j'essaie de retrouver la signification qu'un objet avait pour son auteur (interprétation conservante), il se peut très bien que cet objet revête pour l'auteur une signification différente (au sens de la signification intensive : *it means (a lot) to him*) de celle qu'il a pour le groupe de référence (il faut supposer que ce dernier n'est concerné que par le concept standard, conventionnel, de signification), bien que l'auteur, qui appartient au groupe de référence, attribue la même signification (standard) à l'objet que ce dernier.

Là où la thèse de Raz me semble être insuffisante, c'est lorsqu'elle envisage l'interprétation-performance comme une explication : à vrai dire, ce n'est pas cette identification qui fait problème, mais le fait que Raz ne distingue pas au sein de l'interprétation-performance deux aspects qui, nécessairement complémentaires, n'en sont pas moins hétérogènes entre eux, et, par conséquent, hétérogènes à l'interprétation classique, celle des humanités (qui est assurée par les critiques littéraires, d'art, etc.). Il convient en effet d'y distinguer l'exécution (le fait de jouer telle symphonie) de l'interprétation (le fait de jouer la symphonie de telle manière), *qui y est toujours conditionnée*. En matière d'exécution, c'est une règle du « tout ou rien » qui s'applique : soit j'exécute le *do* écrit sur la partition, sois je joue un *ré*, mais alors c'est une *autre pièce* que j'exécute ; un ordinateur peut exécuter une symphonie de Brahms tout aussi bien (et même mieux !) que l'Orchestre philharmonique de Berlin. Mais ce dernier ne fait pas qu'exécuter l'œuvre, il l'*interprète* (ce qu'un ordinateur, bien entendu, ne peut pas faire, du moins pas intentionnellement). Certes on ne saurait exécuter une œuvre sans l'interpréter de telle ou telle façon, de même que l'on ne saurait traduire un poème sans le traduire de telle ou telle façon.

⁸ Terme qui traduit *conserving interpretation*, qui ne se confond pas nécessairement avec *conservative interpretation*, d'où le choix du néologisme.

L'interprétation-performance est donc un mixte autonome de deux opérations, l'une principale, l'autre supplétive (bien qu'inévitable : même l'absence d'option interprétative constitue une interprétation). L'interprétation donnée par le chef d'orchestre est donc structurellement différente de celle qui est donnée par le musicologue, le critique musical ou le mélomane et qui cherche à illuminer le sens d'une œuvre ou même d'une interprétation-performance. Dans les *non performing arts* (tels que la peinture, la littérature, etc.) seul ce dernier type d'interprétation est véritablement engagé : en effet, cette interprétation est l'unique activité que déploie l'interprète, et c'est une activité gratuite, qui n'est pas subordonnée à une autre activité. Un poème ou un tableau peuvent fort bien n'être pas interprétés (ils peuvent, simplement, être respectivement lus et vus⁹) ; certes, une symphonie peut fort bien n'être *jamais* exécutée ; mais c'est seulement si elle est exécutée qu'elle peut être interprétée (au sens restrictif que j'ai défini plus haut).

Une fois que l'on remarque cela, on s'aperçoit que l'interprétation en matière juridique est beaucoup plus proche de l'interprétation-performance que de l'interprétation des humanités : si l'on conçoit l'application d'une règle de droit comme sa performance (ce qui soulève certes d'immenses difficultés, mais il ne s'agit que d'une analogie), alors il faut bien remarquer que c'est nécessairement à l'occasion de l'application (ou plutôt du raisonnement sur l'application de la norme) que l'interprétation peut prendre du sens¹⁰ (même si une application mécanique peinera à être appelée interprétation, toujours selon l'adage *in claris*) : on n'interprète jamais une règle de droit sans au moins avoir à l'esprit son application à un cas particulier ou à une classe de cas – ou alors on l'interpréterait comme on interpréterait un texte littéraire, mais qu'il s'agisse d'un énoncé juridique ou d'une liste de courses ne fait alors aucune différence.

II. L'intention : entre autorité et interprétation

⁹ Ici, je me heurte évidemment aux objections que m'adresserait Stanley Fish (voir S. Fish *Is There a Text in this Class?*, Cambridge, Harvard University Press, 1980), pour qui le texte est toujours le *fruit* d'une interprétation. Mais si l'on accepte la thèse de Fish, cela revient à se ranger à une conception très « performative » de l'interprétation littéraire.

¹⁰ Ici il importe d'ailleurs peu de savoir si cette interprétation est « authentique » ou non au sens kelsénien du terme, c'est-à-dire s'il s'agit ou non d'une interprétation formulée par une instance dotée d'autorité. Le raisonnement juridique ne diffère pas selon qu'il est le fait d'une cour ou d'un simple quidam (puisque'il tend toujours à montrer comment une cour devrait appliquer/interpréter la norme). Il est certain que seul le raisonnement effectué par la cour sera doté d'autorité. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 459 *sq.*

Le problème de l'intention de l'auteur (principalement du législateur et du constituant¹¹) a suscité, en particulier dans le débat américain, un grand nombre de controverses portant sur la nécessité et la possibilité de la référence à une telle intention¹². Le problème peut toutefois être posé de plusieurs manières. Une première manière revient à en faire une *technique* (ou un canon) d'interprétation. Si l'on part du principe qu'*in claris non interpretandum* (ou *cessat interpretatio*), le problème de la référence à l'intention du législateur survient dès lors que, dans un cas donné, il s'avère impossible de trouver une solution en étant guidé par le sens ordinaire des mots : lorsqu'on est guidé par le sens ordinaire des mots, on n'interprète pas. La question est de savoir si l'on doit, pour résoudre le problème, faire appel à l'intention du législateur (en consultant les travaux préparatoires), ou s'il convient de mettre en œuvre d'autres techniques. En l'absence de toute procédure de référé législatif, faut-il consulter les travaux

¹¹ Encore que dans des optiques différentes. Le problème de l'intention du constituant, des *Framers*, renvoie typiquement aux débats opposant les « originalistes » aux tenants de la *Living Constitution*. C'est un débat avant tout politique, portant sur la légitimité de l'interprétation judiciaire de la Constitution. Le débat sur l'intention du législateur est en un sens plus technique (même s'il peut être redoublé par des questions de légitimité) : il porte davantage sur la possibilité de reconstituer l'intention d'un corps collectif délibérant. La plupart des partisans de l'intentionnalisme en matière d'interprétation législative admettent que la référence à l'intention du constituant n'est pas une méthode adéquate (voir par exemple A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, chap. 9). Cependant, eu égard aux arguments développés dans l'introduction, je ne ferai pour l'instant pas de distinction particulière entre l'intention du constituant et celle du législateur : c'est davantage le problème de la *référence intentionnelle* qui m'intéresse plutôt que la nature du texte à interpréter. – Du reste, l'objectif originaliste de fidélité aux *Framers* peut conduire à des stratégies non intentionnalistes, mais textualistes (voir par exemple, A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 27 et p. 38. Le juge Scalia affirme ne pas s'en remettre à l'intention des *Framers*, mais au sens objectif que les mots avaient à leur époque).

¹² Voir en particulier M. Radin, « Statutory Interpretation », in *Harvard Law Review*, 43/6, 1930 ; J. L. Landis, « A Note on "Statutory Interpretation" », in *Harvard Law Review*, 43/6, 1930 ; G. MacCallum, « Legislative Intent », in *The Yale Law Journal*, 75/5, 1966 ; P. Brest, « The Misconceived Quest for Original Understanding », in *Boston University Law Review*, 60, 1980 ; R. Dworkin, « The Forum of Principle », in *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 ; M. S. Moore, « A Natural Law Theory of Interpretation », in *Southern California Law Review*, 58, 1985, p. 352-358 ; F. Schauer, « Easy Cases », in *Southern California Law Review*, 58, 1985 ; A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, 2nde édition, Portland, Hart Publishing, 2005, [1992], chap. 8 ; S. Knapp et W. B. Michaels, « Intention, Identity and the Constitution » in G. Leyh (ed.), *Legal Hermeneutics*, Berkeley, University of California Press, 1992 ; W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 254-255 ; L. Alexander, « All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions », in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, chap. 8 ; J. Waldron, « Legislator's Intention and Unintentional Legislation », in *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 ; A. Kavanagh, « Original Intention, Enacted Text and Constitutional Interpretation », in *The American Journal of Jurisprudence*, 47, 2002 ; T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism*, Londres, UCL Press, 2004, chap. 5.

parlementaires ? Faut-il lire les rapports de commission ? Faut-il lire le compte-rendu des débats qui ont précédé l'adoption du texte ? C'est cette approche qui a notamment guidé le débat classique entre Max Radin et James Landis. On peut la résumer avec cette formule de Jeremy Waldron : « Lorsqu'on suggère de consulter l'intention des législateurs, on suggère de consulter des vues, des objectifs, des idées qui ne sont pas directement contenus dans le texte de la législation elle-même. (Autrement, quel serait l'intérêt ?) »¹³. Ici, le recours à l'intention du législateur apparaît comme une technique d'interprétation dont on peut penser (ou non) qu'elle n'est pas souhaitable ou qu'elle n'est pas réalisable.

On peut envisager une deuxième approche (elle aussi normative, d'ailleurs) qui considère l'intention non pas comme technique, mais comme caractéristique de l'interprétation juridique. On peut en effet tenter d'explicitier à quel point le recours à l'intention de l'auteur joue de manière générale comme une contrainte sur l'interprétation juridique, à la différence d'autres formes d'interprétation. C'est l'objet (entre autres) de la controverse entre Richard Posner et Stanley Fish¹⁴ sur l'interprétation en droit et en littérature. La question n'est plus de savoir si l'interprète doit ou non avoir recours à l'intention du législateur, mais dans quelles conditions il

¹³ J. Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 140-141

¹⁴ Voir R. Posner, « Law and Literature : A Relation Reargued », in *Virginia Law Review*, 72, 1986 ; R. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, chap. 5 ; S. Fish, *Doing What Comes Naturally*, Durham, Londres, Duke University Press, 1989, chap. 13. Posner (qui n'est certes pas *intentionnaliste* – c'est le moins qu'on puisse dire – au sens de la première approche expliquée plus haut) soutient que l'une des principales contraintes qui pèsent sur l'interprétation judiciaire implique un lien, de quelque nature que ce soit, avec l'intention des auteurs de la règle à interpréter ; l'interprétation juridique tourne autour de la restitution (ou non) du sens normatif imposé à un énoncé par son auteur original. Au contraire, dans l'interprétation littéraire, la question du respect ou non de l'intention ne se pose pas. Fish oppose à cette thèse l'idée selon laquelle toute interprétation, y compris l'interprétation littéraire, est nécessairement intentionnelle. Pour qu'un énoncé (quel qu'il soit) soit doté de sens, il faut que son auteur ait eu l'*intention* de préférer un énoncé doté de sens, et non pas une simple suite de phonèmes inarticulés : si l'on veut interpréter un texte, il faut au moins supposer (mais on peut se tromper) que son auteur avait l'intention de produire un texte doté de sens ; bien davantage, le sens de l'énoncé est inséparable du contexte intentionnel. Comme l'écrit Fish : « les intentions viennent d'abord ; les significations ensuite ». Cela ne veut cependant pas dire que l'interprète soit jamais *contraint* à suivre l'intention de l'auteur – il doit simplement reconnaître (et supposer) que le texte a été écrit avec l'intention de produire un texte. L'intention est présumée par l'interprétation, elle ne la contraint pas. Fish a ainsi pu montrer qu'il était possible d'interpréter un texte qui n'avait pourtant aucun auteur : mais pour ce faire, il faut supposer (même à tort !) que ce texte a un auteur et que celui avait l'intention de produire le texte (voir S. Fish, *Is There A Text in This Class*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, chap. 13). Pour un commentaire des thèses de Fish, voir J. Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 124-125. Pour ma part, ce que j'ai dit plus haut sur la distinction entre interprétation juridique et interprétation des humanités m'incline à me ranger davantage aux vues de Posner, tout en les élargissant aux interprétations-performances.

fait sens que l'on se tourne vers cette intention. Dans quel type d'interprétation l'intention de l'auteur peut-elle jouer comme une contrainte ? Si l'intention précède le sens du texte, l'interprétation de ce texte doit-elle nécessairement déterminer cette intention pour expliciter le sens ? L'intention de produire un texte épuise-t-elle l'intention du producteur du texte ?

A vrai dire, dans l'une comme dans l'autre approche, le concept d'intention demeure mystérieux. James Landis, dans son article de 1930, a remarqué que la plupart des controverses autour de l'intention du législateur proviennent de ce que l'intention « est un terme confus, qui recouvre à la fois le concept téléologique de but (*purpose*) et le concept plus immédiat de signification (*meaning*) »¹⁵. Autrement dit, par « intention » on peut entendre à la fois le *but* que la loi entend servir et le sens (ou la définition) que le législateur donne aux mots qu'il emploie. Or ces deux acceptions entraînent nécessairement deux types différents d'interprétation : poussée à la limite, l'interprétation selon le but (*purposive interpretation*), mise en avant notamment par Roscoe Pound¹⁶, fait valoir que si l'application de la loi, dans un cas donné, permet moins bien d'assurer la réalisation des objectifs (politiques, économiques, sociaux) que se sont fixés les législateurs, alors elle doit être écartée (ce qui est beaucoup plus contraignant que la simple tension entre l'esprit et la lettre) ; l'interprétation selon le sens que le législateur donne aux mots qu'il emploie va, quant à elle (si on la pousse également à la limite), beaucoup plus loin qu'une simple interprétation selon le sens courant (*plain meaning*) des mots : si par véhicule, le législateur entend seulement « véhicule à moteur », alors une diligence tirée par huit chevaux pourra fort bien entrer dans le parc.

Raz ne résout pas cette ambiguïté, mais il déplace quelque peu la perspective. Les deux essais « Interpretation without Retrieval » et « Intention in Interpretation »¹⁷ envisagent en effet deux séries de questions : 1° quel sens y a-t-il à rechercher l'intention du législateur ? 2° jusqu'à quel point les juges y sont-ils tenus ? A l'arrière-fond se détache la question du pluralisme et de l'innovation dans l'interprétation (qui sera examinée dans la prochaine section) : « lorsque les décisions des cours sont innovantes (c'est-à-dire non basées sur le respect pour l'autorité) pourquoi

¹⁵ J. L. Landis, « A Note on "Statutory Interpretation" », in *Harvard Law Review*, 43/6, 1930, p. 888. On retrouve à peu près la même distinction chez M.S. Moore, qui distingue *semantic intentions* et *further intentions* (voir *infra*).

¹⁶ R. Pound, « Spurious Interpretation », in *Columbia Law Review*, 7/6, 1907 ; R. Pound, « Courts and Legislation », in *The American Political Science Review*, 7/3, 1913.

¹⁷ Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*, chap. 10 et 11.

devraient-elles être interprétatives après tout ? »¹⁸. Raz est amené à soutenir une thèse double, à bien des égards paradoxale : d'un côté, le droit est, en raison de l'autorité à laquelle il prétend (*claims*), le lieu par excellence de l'interprétation intentionnaliste, et c'est un point qui le distingue d'autres sphères interprétatives : autrement dit le droit est la sphère interprétative où l'intention fournit un critère de démarcation entre une bonne et une mauvaise interprétation ; de l'autre côté, le droit doit laisser cours à des interprétations innovantes, pour des raisons qui tiennent également à la structure d'autorité du droit.

1. Conséquences de l'autorité

C'est en effet la question de l'autorité, et des rapports entre *authority* et *authorship*, que pose le problème de l'intention de l'auteur. Dans « Intention without Retrieval », Raz examine la thèse selon laquelle l'interprétation ne se contenterait pas d'expliciter le sens d'un œuvre, mais devrait récupérer, retrouver (*retrieve*, verbe intraduisible) son sens original ; or « le rôle de l'intention de l'auteur, ou, plus généralement, du créateur, est intimement connecté » à la thèse du *retrieval*. Du moins en ce qui concerne les œuvres d'art (au sens large), Raz soutient que cette thèse est fautive, en particulier parce que la signification d'une œuvre peut être tout à fait différente de la signification qu'elle a eu pour son auteur¹⁹ : ce qu'un auteur exprime dans une œuvre d'art n'est pas toujours (et est en fait rarement) ce qu'il avait pour intention d'exprimer. La tâche de l'interprète n'est pas de retrouver un sens intentionnel, qui peut-être différent du sens que revêt véritablement l'œuvre, et qui peut, du reste, ne pas exister (on peut, par exemple, poser la question au sujet d'œuvres conçues dans un état de transe ou d'inspiration). Dès lors, il ne fait aucun sens de chercher à retrouver l'intention de l'auteur : l'interprète doit chercher les aspects les plus significatifs d'une œuvre, ceux qui expliquent que l'on ait des raisons de prêter attention à cette œuvre comme unique en son genre. Cela veut dire que l'interprétation en matière artistique et littéraire est immédiatement pluraliste : l'absence de référent intentionnel indique qu'il y a de multiples interprétations possibles, et également bonnes, d'une même œuvre.

¹⁸ Joseph Raz, *op. cit.*, p. 298

¹⁹ Question qui ne se confond pas avec celle de savoir si l'auteur avait l'intention de produire une œuvre *d'art* (cf. le créateur de statuettes à fonction religieuse aujourd'hui exposées dans les musées « d'arts premiers » (*sic*), ou encore le fabricant de l'urinoir qui a servi à Duchamp pour son ready-made le plus fameux). Là-dessus, voir A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, p. 85.

Jusqu'ici, tous ces arguments sont assez triviaux. La question qui se pose est : quelle est la différence qu'il faut établir avec l'interprétation juridique, et pourquoi est-il nécessaire d'établir une différence ? Il y a de multiples différences à établir entre une œuvre d'art et un texte de loi : en premier lieu, ce dernier ne constitue en rien un objet exceptionnel, dont l'interprétation devrait mettre en valeur les aspects qui, précisément, le rendent digne d'interprétation. La différence principale réside dans le fait que la loi « a été promulguée par une personne ou un corps qui est investi de l'autorité de légiférer »²⁰. Autrement dit, là où l'auteur d'une œuvre d'art revendique l'*authorship* (le fait d'être auteur), le législateur revendique une *autorité*.

C'est pourquoi il convient d'effectuer quelques rappels sur la théorie célèbre de Raz sur l'autorité du droit²¹, qui a intimement partie liée avec sa théorie des raisons pratiques²², au sein de laquelle les normes sont conçues comme un certain type de raisons. Une norme (particulièrement une norme impérative) est à la fois une raison de premier ordre (une raison pour un agent x de faire ϕ) et une raison de second ordre, qui ne porte pas sur une action mais sur d'autres raisons ; en l'espèce, la norme est à la fois une raison pour x de faire ϕ mais également une raison exclusive, c'est-à-dire une raison qui exclut par avance toute autre raison inclinant à l'action contraire. Ce mixte, Raz l'appelle « raison protégée »²³ et le pouvoir normatif n'est rien d'autre que la capacité de créer et modifier des raisons protégées. L'autorité est un certain type (non exclusif) de pouvoir normatif. L'autorité implique essentiellement « le pouvoir d'exiger une action »²⁴.

Pour l'expliquer Raz recourt à une conception personnaliste de l'autorité. Le concept heuristique d'autorité est en effet moins l'autorité que l'on a pour agir de telle manière (qui n'est autre qu'une forme d'habilitation) que l'autorité que l'on a sur quelqu'un. Je puis avoir une autorité pour faire quelque chose (par exemple pour ouvrir votre courrier) sans avoir le moins du monde d'autorité sur vous. De même, celui qui confère à x l'autorité de ϕ n'a pas d'autorité sur x . Vous pouvez me donner

²⁰ J. Raz, *op. cit.*, p. 249

²¹ Les ouvrages majeurs sont J. Raz, *The Authority of Law*, chap. 1 et 2 ; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986 ; J. Raz, « Authority, Law, Morality », in *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1995. Voir notamment, L. Green, « Law, Legitimacy, and Consent », in *Southern California Law Review*, 62/3, 1989, et M. S. Moore, « Authority, Law, and Razian Reasons », in *Southern California Law Review*, 62/3, 1989.

²² J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, 2nde édition, Oxford, Oxford University Press, 1999 [1975].

²³ Terminologie employée dans *The Authority of Law*, qui modifie sur ce point *Practical Reasons and Norms*.

²⁴ J. Raz, *The Morality of Freedom*, p. 39.

autorité pour voter à votre place sans que cette autorité implique que je doive voter pour le même candidat que vous. En revanche, l'autorité que l'on sur quelqu'un implique que l'on ait le pouvoir d'exiger qu'il fasse quelque chose ; or, contrairement à l'autorité de ϕ , l'autorité que l'on a sur x implique que l'on soit en mesure d'exiger de sa part un certain nombre d'actions non nécessairement déterminées à l'avance (tandis que lorsque j'ai autorité pour faire ϕ , je n'ai pas autorité pour faire non- ϕ , ou encore pour faire ψ). Lorsque x a autorité sur y , cette autorité fournit une raison pour y d'agir indépendamment du contenu²⁵ de cette raison. Lorsque je reconnais à quelqu'un autorité sur moi, je m'engage à agir conformément aux directives qu'il pourra prendre à mon encontre, et ce indépendamment du contenu de ces directives. Le cas typique est celui de l'arbitrage. Vous avez un litige avec votre voisin et vous décidez de concert de vous en remettre à un tiers qui arbitrera votre différend. Cette procédure n'a de sens que si vous accordez au tiers une certaine autorité sur vous (en raison de son expertise, de sa sagesse, de ses talents de conciliation), c'est-à-dire que vous vous engagez à suivre la directive qu'il émettra indépendamment de son contenu (i. e. même si elle vous est défavorable). L'autorité est donc indépendante du contenu des raisons pour l'action que chacune de ses directives représente ; et si ces directives elles-mêmes fournissent des raisons pour votre action, ce n'est pas en raison du contenu de ces raisons, mais précisément parce qu'elles sont émises par des autorités.

Le droit revendique une telle autorité. Le droit (ou à tout le moins le jurislatureur) possède le pouvoir de changer les raisons protégées des sujets de droit (c'est-à-dire, *prima facie*, d'en édicter de nouvelles). Il faut encore comprendre *pourquoi* le droit est ainsi doté d'autorité, ou à tout le moins la revendique. Pour ce faire, Raz a recours à une distinction fructueuse entre autorité légitime et autorité *de facto*. La notion d'autorité légitime ne suppose pas que l'autorité soit effective, *de facto*. De nombreuses autorités légitimes ne sont pas effectives (que l'on songe aux gouvernements en exil, ou encore aux alternances politiques mouvementées). En revanche, l'autorité effective suppose d'une manière ou d'une autre la revendication de légitimité. Pour être plus et autre qu'un simple pouvoir de contrainte (ou d'influence), l'autorité doit être soit légitime soit prétendre à l'être. Evidemment il se peut fort bien qu'une personne qui posséderait une autorité *de facto* n'ait aucune légitimité²⁶ ; mais il importe seulement qu'elle

²⁵ La notion de « *content-independence* » a été élaborée par Hart, dans H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, chap. 10. Voir également J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, pp. 210-216.

²⁶ J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 195-199

revendique d'être légitime ou qu'elle soit tenue pour telle – ce qui revient au même. Une autorité ne peut être *de facto* sans revendiquer d'être légitime : par conséquent si les systèmes juridiques sont dotés d'autorité, alors ils prétendent nécessairement à être légitimes²⁷.

La question qu'il faut se poser en premier lieu est : en quoi une autorité peut-elle être légitime ? En quoi peut-il être légitime que x exerce une autorité sur y ? Raz avance sur ce point trois thèses normatives, qui fournissent la théorie de l'autorité comme service. Je ne retiendrai ici que la deuxième, qui est celle qui nous importe le plus ici, à savoir la thèse de la *justification normale* : la manière normale d'établir qu'une personne a une autorité sur une autre personne implique de montrer que le supposé sujet est vraisemblablement mieux à même de suivre les raisons qui s'appliquent à lui (autres que les directives supposément dotées d'autorité) s'il accepte les directives de l'autorité supposée comme *authoritatively binding*²⁸ et s'il essaie de les suivre, que s'il tente de suivre directement les raisons qui s'appliquent à lui. Si j'accepte l'autorité d'un tuteur par exemple (il n'y a d'ailleurs pas besoin de mon acceptation pour établir que cette autorité est légitime, ce qui peut être établi objectivement²⁹), c'est parce que je considère que, sous sa férule, j'agirai plus efficacement que si je devais agir seul. C'est la raison normale pour laquelle j'accepte son autorité ; je puis le faire parce que je le trouve sympathique, mais ce n'est pas la *raison normale* pour que je le fasse.

Il faut tirer de cette thèse au moins deux conséquences : la première porte sur l'instance susceptible d'exercer une autorité ; la deuxième sur le type d'autorité qui se trouve être en jeu. Il faut remarquer que c'est tout

²⁷ Pour Raz, cette revendication (*claim*) est une revendication morale, de sorte qu'il n'y a pas de différence conceptuelle nécessaire entre l'énoncé qui prescrit une obligation légale et celui qui prescrit une obligation morale. La place manque pour marquer un désaccord pourtant réel et important à ce sujet. Je me contente de renvoyer à M. H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 79 *sq.*, qui y voit une mise en danger de la version stricte du positivisme juridique défendu par Raz, qu'il ne partage d'ailleurs pas (voir également J. Goldsworthy, « The Self-Destruction of Legal Positivism », in *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990). Il faut noter toutefois qu'il n'y a une telle mise en danger que si l'on soutient non seulement que les directives juridiques dotées d'autorité revendiquent une obligation morale, mais qu'il y a une obligation morale d'obéir aux directives dotées d'autorité, thèse que Raz *réfute explicitement* dans *The Authority of Law* (puisque'il soutient qu'il n'y a même pas d'obligation morale *prima facie* d'obéir à une règle de droit juste).

²⁸ Je m'abstiens d'une traduction qui ne peut être qu'une périphrase : « doté de force obligatoire par autorité »...

²⁹ Raz ne soutient pas cette thèse (qui me semble d'ailleurs contestable), mais il soutient en revanche la thèse voisine selon laquelle ce n'est pas parce qu'une autorité est acceptée qu'elle est légitime – précisément parce qu'on peut accepter une autorité pour de mauvaises raisons (culte du chef charismatique, etc.).

d'abord une *personne*³⁰ qui a autorité sur une autre. Lorsque l'on passe d'un système d'autorité interpersonnelle à l'autorité des systèmes normatifs (l'Etat, le droit³¹), il y a diverses manières d'envisager le problème : on peut s'en remettre à la position souverainiste d'Austin, que Raz a, à la suite de Hart, sévèrement critiqué. On peut au contraire affirmer que le droit a autorité sur les sujets de droit *de la même manière* qu'une personne X a autorité sur une personne Y. Dès lors l'expression « le droit a autorité sur ses sujets » ne peut prendre sens que si on désigne les instances qui sont dotées d'autorité (ou à tout le moins qui revendiquent cette autorité), typiquement les institutions³² (le législateur, le gouvernement, etc.). Ce point a été souligné avec force par Andreï Marmor pour lequel « l'autorité du droit ne peut être abstraite de l'autorité des législateurs³³ » : le droit n'est qu'un ensemble de directives dotées d'autorité – car émises par des autorités.

Ensuite, la thèse de l'autorité comme service suppose que l'autorité joue comme une médiation entre les individus et les (bonnes) raisons qui s'appliquent à eux : cela implique deux modèles d'autorité, la *coordination* et *l'expertise*³⁴. Les situations de coordination sont celles où les préférences individuelles sont sous-déterminées, en ce qu'elles ne correspondent qu'aux options susceptibles de recevoir le plus large assentiment au sein d'un groupe donné. Il m'est indifférent de rouler à gauche ou à droite, mais mon choix de rouler à droite n'est déterminé que par le fait que la très grande majorité des membres du groupe auquel j'appartiens roulent à droite. Un *problème* de coordination intervient lorsqu'aucune option n'a été privilégiée par le groupe, et lorsque l'individu est donc dans l'ignorance de l'option à mettre en œuvre – on part de l'hypothèse que les individus ne déterminent pas leurs préférences au petit bonheur. Le dilemme du prisonnier est un exemple classique de *problème* de coordination. De ce point de vue, le premier rôle de l'autorité est de jouer un rôle de coordination, c'est-à-dire de

³⁰ Dworkin a récemment critiqué en termes assez durs le caractère personnaliste de cette théorie (que Raz a fortement nuancé par la suite, voir *infra*). Voir R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 198-205. Voir également N. McCormick, « Why Law Makes No Claims », in G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Portland, Hart Publishing, 2007.

³¹ Voir J. Raz, *The Morality of Freedom*, p. 71

³² Terme qu'il convient de prendre en son sens courant et usuel, et non pas au sens technique mis en avant par les théories institutionnalistes du droit, de Hauriou, Romano et Schmitt à Weinberger, McCormick et Morton. Voir J. Raz, « The Institutional Nature of Law », in *The Authority of Law*, et *Practical Reasons and Norms*, chap. 4 et 5.

³³ A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, p. 111. Pour une importante nuance, voir J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 289n, et pp. 329-343 – cf. *infra*.

³⁴ L'expertise s'entend ici au sens d'expertise *pratique* et non pas d'expertise *théorique* : l'autorité (entendue au sens de Raz) fournit des raisons pour l'action, non pour la croyance (modèle scolastique de l'autorité).

détermination des options collectives qui ne requièrent pas d'agrégation des préférences individuelles (mais qui conditionnent ces dernières). Cependant, il est faux de prétendre que tous les problèmes de coordination doivent nécessairement être résolus par une autorité³⁵ (on peut fort bien envisager un système de main invisible, de télépathie, ou que sais-je encore).

Contrairement à la coordination, l'expertise correspond à une situation où c'est parce qu'une personne en sait plus, ou est *a priori* mieux à même de résoudre un problème quelconque, qu'elle est dotée d'autorité. Je suis mieux à même de résoudre mes problèmes de santé si je m'en remets au meilleur médecin du pays que si je tente moi-même de me guérir.

A partir de ces raffinements de la thèse raziennne de l'autorité comme service, Marmor a tiré une théorie intentionnaliste de l'interprétation, qui a été vivement critiquée par Jeremy Waldron dans *Law and Disagreement*. J'exposerai dans la prochaine sous-section les termes de la controverse importante, car elle semble mettre en danger certains aspects cruciaux de la théorie raziennne de l'autorité, avant d'envisager, dans la section suivante, en quoi la thèse intentionnaliste modérée de Raz peut permettre de lever un certain nombre d'ambiguïtés.

2. Intention et délibération

La thèse de Marmor³⁶ est en apparence simple. Elle refuse la position sceptique qui tiendrait à affirmer que l'intention du législateur ne peut (ou ne doit) jamais servir de référent à l'interprétation des lois, tout comme l'idée que toute interprétation devrait faire référence à une telle intention. Pour Marmor, c'est avant tout lorsque l'interprétation se heurte à une difficulté que le recours à l'intention (comme *technique*) s'avère utile et nécessaire ; à vrai dire, lorsque le texte de la loi est simplement compris, et directement applicable, le juge n'interprète pas à proprement parler, il se contente d'expliquer, ou d'expliciter le sens de la loi. « L'existence de cas faciles (*easy cases*) est rendue possible non par le fait que les intentions du législateur sont claires et décisives, mais par le fait que les règles peuvent souvent être simplement comprises et ensuite appliquées sans la médiation de l'interprétation. C'est pourquoi, je présume que l'intentionnalisme, comme toute autre stratégie interprétative, a à voir avec le type de raisons sur lesquelles le juge devrait s'appuyer en décidant au sujet des cas difficiles »³⁷. L'argument s'inscrit donc directement en faux contre la thèse

³⁵ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, p. 89

³⁶ Sur cette thèse, voir la (fine) critique de Timothy Endicott dans T. A. O. Endicott, « Putting Interpretation in its Place », in *Law and Philosophy*, 13/4, 1994, pp. 454-460.

³⁷ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, p. 121.

de Hart selon laquelle les canons de l'interprétation ne sont d'aucune utilité lorsque la texture ouverte du droit entre en jeu.

Marmor est donc amené à soutenir une version modérée de l'intentionnalisme : lorsque les juges sont confrontés à un problème d'interprétation, ils devraient recourir à l'élucidation de l'intention du législateur. L'originalité de cette thèse est qu'elle s'appuie assez peu sur un argument tiré de la légitimité démocratique, qu'il réfute d'ailleurs partiellement³⁸, mais qu'elle se fonde sur la thèse de la « justification normale » de Raz³⁹ : si je suis mieux à même de conduire mon action si je me conforme aux directives d'une autorité, alors il semble naturel de penser qu'en cas d'obscurité, je devrai me conformer aux intentions de cette autorité : si un médecin me prescrit un médicament qui se trouve exister sous deux formes différentes, et que l'ordonnance ne permette pas de dire laquelle est la bonne, il est plus plausible que j'arriverai au bon résultat si je cherche laquelle des deux le médecin avait l'intention de me prescrire, plutôt que si je choisis en fonction d'autres raisons. Autrement dit, l'autorité d'une directive découlant de l'autorité de son auteur (cf. *supra*), on sera mieux à même de déterminer le sens de la directive si l'on s'en remet au sens que sont auteur voulait y mettre. Il convient de remarquer que cette thèse est soumise par Marmor lui-même à un certain nombre de limites, je n'en retiens ici qu'une, la plus importante : c'est avant tout à l'autorité-expertise qu'elle s'applique. « L'argument en faveur du recours aux intentions du législateur (...) est typiquement plus fort dans le cas de l'expertise que dans le cas de l'action collective »⁴⁰ (c'est-à-dire de la coordination). Lorsque je m'en remets à une autorité pour résoudre un problème de coordination, je n'ai aucune raison de supposer qu'elle est une experte dans le domaine considéré. Dans ce cas, elle n'a pas nécessairement meilleur accès que moi aux raisons qui peuvent adéquatement guider leur

³⁸ A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, p. 134

³⁹ Michael S. Moore avait déjà souligné à quel point la théorie raziennne de l'autorité impliquait un parti pris intentionnaliste (ce qui est, selon lui, une raison suffisante pour la refuser) : « Le problème de l'explication raziennne de l'autorité d'une loi par la notion de raison exclusive est qu'elle exclut les matériaux dont un juge a besoin pour élaborer une interprétation, pleinement basée sur les raisons, de toute loi. Car la signification commune (*plain meaning*) et l'intention du législateur sont des matériaux inadéquats pour l'application de n'importe quelle loi à n'importe quel cas » (M. S. Moore, « Law, Authority and Razian Reasons », in *Southern California Law Review*, 62, 1989, p. 891). Pour la réfutation par Moore de la pertinence de toute thèse intentionnaliste, voir M. S. Moore, « A Natural Law Theory of Interpretation », in *Southern California Law Review*, 58, 1985, pp. 352-358

⁴⁰ Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, p. 135. Dans un ouvrage ultérieur, Marmor va plus loin et restreint l'argument en faveur de l'intentionnalisme aux seuls cas d'expertise (A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 90-91).

action : se rapporter à son intention est donc une exigence nettement moins prégnante (certes il se peut – et il arrive souvent – qu’une même autorité soit reconnue à la fois en matière de coordination et d’expertise, mais il est toujours possible, et nécessaire, de faire la part des choses). Ensuite, même dans le cas de l’autorité expertise, l’exigence intentionnaliste ne vaut pas comme un réquisit *a priori*, mais uniquement pour autant que d’autres raisons plus fortes n’entrent pas en jeu (car on peut fort bien ne pas suivre une autorité). Autrement dit le propos de Marmor n’est pas de fournir une thèse normative indiquant à l’interprète la voie qu’il faut suivre, mais simplement d’affirmer que l’interprétation d’une directive est plus à même d’être couronnée de succès si elle s’en remet à l’intention de l’autorité qui a émis la directive que si elle tente par d’autres moyens d’en découvrir le sens.

Cette thèse a fait l’objet d’une critique assez forte de Jeremy Waldron⁴¹, qui s’articule autour de deux principes qui sont complémentaires : 1° le processus de délibération propre aux démocraties modernes rend impossible l’identification d’une intention du législateur ; 2° un énoncé peut être doté d’autorité (ou à tout le moins être reconnu comme tel) sans que son auteur le soit, voire sans qu’il ait d’auteur. Le cœur de la thèse de Waldron tend à montrer que la thèse de la justification normale de Raz n’implique nullement une contrepartie intentionnaliste ; en ce sens l’argument de Waldron n’est pas, en dépit des apparences, une énième reprise de la thèse selon laquelle les états mentaux des membres d’un corps collectif sont introuvables ou à tout le moins inagrégables, et qu’il serait absurde de prétendre qu’en votant une loi, les individus qui composent le législateur aient eu en tête les mêmes situations et les mêmes buts (thèse défendue par Max Radin⁴², avant d’être reprise quelques décennies plus tard par R. Dworkin⁴³). Waldron offre une variante de cet argument qui, outre sa sophistication, offre l’avantage de dé-psychologiser le concept d’intention, et d’en retenir le concept de *préférence*, en soutenant que le choix collectif qui résulte de l’agrégation des préférences individuelles peut n’être pas intentionnel. Je résume l’argument : mettons qu’une loi, le *Vehicles in the Park Act*, stipule, à l’article premier, qu’à l’exception des vélos et des ambulances, il ne sera permis à aucun véhicule d’entrer dans un parc

⁴¹ J. Waldron, « Legislator’s Intention and Unintentional Legislation », in *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999 (initialement paru dans A. Marmor, *Law and Interpretation*). Pour la réponse de Marmor, voir A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, chap. 5.

⁴² « La chance pour que quelques centaines d’hommes aient exactement le même type de situation déterminée en tête... est infinitésimalement petite » (M. Radin, « Statutory Interpretation », in *Harvard Law Review*, 43/6, 1930, p. 869).

⁴³ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, chap. 2.

municipal ou national. Mettons que l'assemblée qui a voté cette loi (à supposer qu'il s'agisse d'une matière législative !) se divise en trois factions : la première faction est favorable à l'exception en faveur des vélos et des ambulances, mais n'est pas favorable à ce que la loi soit appliquée dans les parcs nationaux (mais seulement dans les parcs municipaux) ; la deuxième faction est favorable à l'exception en faveur des vélos ainsi qu'à l'applicabilité de la loi aux parcs nationaux, mais en revanche est défavorable à l'exception pour les ambulances. La troisième faction est favorable à l'exception en faveur des ambulances et à l'applicabilité aux parcs nationaux, mais est hostile à l'exception pour les vélos. Si sur chacun de ces points, il y a un vote, une majorité se dégagera à chaque fois (à deux tiers contre un tiers) en faveur, respectivement, de l'exception en faveur des vélos et des ambulances, et pour l'applicabilité aux parcs nationaux (soit la version définitive de l'article premier) bien qu'aucun membre de l'assemblée n'ait émis de préférence en ce sens, et que tous y soient, au moins en partie, défavorables⁴⁴.

Dès lors rien ne s'oppose à ce que l'on conçoive une procédure parlementaire qui ferait usage d'une machine de Wollheim⁴⁵, où chaque député insérerait, comme *input*, ses préférences sur chacun des points qui

⁴⁴ Waldron envisage l'objection selon laquelle l'article est en fait voté en entier, non pas en tranches, et n'y voit qu'un « artifice de nos procédures parlementaires particulières ». Pourtant, Waldron s'expose à une objection voisine, qui porte précisément sur la possibilité de grouper chacun des points litigieux au sein d'un vote unique ; mettons en premier lieu que les deux premières questions soient groupées : soit la loi comporte une exception pour les vélos et les ambulances, soit elle n'en comporte pas du tout. Il ne se trouve pas *a priori* de claire majorité pour ou contre : tout dépend des *concessions* que la faction 2 ou la faction 3 sont prêtes à faire. Si la faction 2 pense que son opposition à l'exception pour les ambulances est plus importante que sa position en faveur de l'exception pour les vélos, alors il votera pour qu'il n'y ait pas d'exception du tout. Au contraire s'il trouve que l'exception pour les vélos est le facteur décisif de son vote, alors il votera pour l'exception groupée. (Idem pour la faction 3). Si maintenant on propose au vote l'article entier : soit le législateur accepte l'exception pour les vélos et les ambulances ainsi que l'applicabilité aux parcs nationaux, soit il vote contre l'article de loi. Derechef, il n'y a *a priori* aucune majorité claire : soit, pour chaque faction (ou pour au moins deux d'entre elles), la partie de l'article à laquelle elle est hostile est plus déterminante que les raisons qui poussent à accepter les deux autres parties de l'article, auquel cas l'article de loi sera rejeté ; soit au contraire au moins deux d'entre elles concèdent le point qui suscite leur hostilité, l'article sera adopté, même si chacun émet des réserves, et même si personne n'est satisfait. Le vote s'explique par la manière non pas simplement d'articuler les *pro* et les *contra*, mais de les *hiérarchiser*. On ne rejette donc pas nécessairement chaque point (les exceptions, l'applicabilité aux parcs nationaux) au même titre. Dès lors si l'on revient au vote non groupé : la majorité obtenue sur l'exception pour les vélos n'est pas la même (qualitativement) que celle obtenue sur l'extension aux parcs nationaux (si l'on suppose que l'opposition de la faction 3 aux vélos n'est pas déterminante). Une machine de Wollheim (cf. *infra*) est par hypothèse incapable d'opérer cette hiérarchisation.

⁴⁵ Allusion au célèbre article de R. Wollheim, « A Paradox in the Theory of Democracy », in P. Laslett & W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1969.

ont fait débat pendant la discussion parlementaire, et la machine produirait le texte final de la loi (l'*output*), tel qu'applicable par les cours et les tribunaux. Certes les *inputs* sont pleinement intentionnels, ils traduisent des préférences individuelles ; mais le résultat n'est nullement intentionnel (la machine n'a ni l'intention de légiférer, ni de conférer à la loi tel sens plutôt que tel autre).

Or Waldron affirme que l'énoncé de la loi, pour n'être pas intentionnel (puisque'il est produit, par hypothèse, par une machine) n'en est pas moins doté d'autorité, du point de vue même de la thèse de la justification normale de Raz, qu'il reformule ainsi : « une loi L (ou n'importe quel texte) a autorité sur une personne Y si et seulement si la personne Y est vraisemblablement plus à même de se conformer aux raisons qui s'appliquent à elle en suivant les dispositions de L, plutôt que si elle essaie de suivre ces raisons directement ». Je puis donc reconnaître l'autorité d'un texte sans reconnaître l'autorité de son auteur, et même si ce dernier n'a pas d'auteur : autrement dit, Marmor confond trop *authority et authorship*. Waldron prend un exemple intéressant (quoiqu'un peu daté) : lorsque je souhaite consulter le solde de mon compte et que je compose le numéro vert que la banque met obligeamment à ma disposition, il serait absurde de considérer que l'énoncé proféré par une voix saccadée au bout du fil (« il vous reste/deux/cents/euros et/quarante/trois centimes ») a un auteur. En revanche cet énoncé a un *sens* (ici, l'adversaire de Waldron est davantage Fish que Marmor, cf. *supra*), et, bien davantage, il fait autorité : j'ai de bonnes raisons de croire que ce que me dit la machine est exact. Même si l'on accorde à Daniel Dennett que les machines peuvent parfois être conçues comme des systèmes intentionnels⁴⁶, l'exemple de Waldron tend simplement à montrer qu'il n'y a pas besoin de supposer qu'un énoncé a été intentionnellement produit pour être doté d'autorité. Il y a d'ailleurs diverses raisons qui peuvent pousser à accepter (comme légitime) l'autorité de l'*output* d'une machine de Wollheim : il demeure que le modèle d'une telle machine montre que l'autorité de la loi ne dérive pas de l'autorité des *législateurs* (car alors du reste seule compterait l'intention des membres de la majorité qui a approuvé le texte)⁴⁷ mais bien de l'autorité de la législature

⁴⁶ D. Dennett, « Intentional Systems », in *The Journal of Philosophy*, 68/4, 1971, pp. 89-90.

⁴⁷ En réalité, Waldron soutient deux thèses qui entrent nécessairement en tension : A° l'autorité du texte peut ne pas dépendre de l'autorité de son ou de ses auteurs (cf. la voix automatique du répondeur bancaire) ; B° le texte n'est pas réputé être une loi des députés majoritaires, mais une loi du Parlement (ou de la législature). Mais qu'est-ce qui interdit de traiter la *législature* comme un auteur ?

(ou du législateur), et qu'en tant que telle la recherche de l'intention est soit infondée soit illusoire⁴⁸.

Marmor a répondu en détail aux arguments de Waldron dans *Positive Law and Objective Values*, je ne retiens ici que les remarques qui touchent à la machine de Wollheim. Les sujets de droit semblent bien avoir des raisons indépendantes du contenu pour considérer les directives issues de la machine de Wollheim comme dotées d'autorité. La réponse de Marmor se déploie en deux temps. 1) Soit les sujets de droit considèrent la machine de Wollheim comme un auteur à part entière, capable de choix (ce qui n'a rien d'absurde : un croyant peut voir en Dieu l'auteur des Dix commandements, et un athée s'y refusera : l'important est que le croyant considèrera les Dix commandements comme dotés d'autorité *parce qu'édités par un auteur*, en l'occurrence Dieu). Le type d'intention que l'on prête à la machine n'est pas différent du type d'intentions contrefactuelles⁴⁹ que l'on attribue parfois au législateur (« ce que le législateur aurait voulu s'il était confronté à ce cas particulier »). 2) Soit les sujets de droit ne regardent les résultats de la machine de Wollheim que comme de simples applications d'algorithmes (et non pas comme l'œuvre d'un auteur). Ce que fait la machine, un mathématicien peut le faire (on suppose qu'un mathématicien n'est pas l'*auteur* de la solution à une équation, mais la découvre), et d'ailleurs, il existe dans la démocratie de Wollheim un tel mathématicien. Or dans ce cas, l'*output* (de la machine ou du calcul du mathématicien) n'est *nullement* doté d'autorité pratique : il s'agit d'un outil pour découvrir la directive dotée d'autorité, mais nullement d'une *autorité*. La machine de Wollheim nous donne de bonnes raisons de *croire* que la directive majoritaire est celle qu'elle énonce dans l'*output* : elle ne nous donne par elle-même nullement une raison d'*agir* conformément à cette directive. Autrement dit la machine de Wollheim est à tout prendre une autorité théorique, mais pas une autorité pratique⁵⁰. La thèse de Waldron ne permet donc pas de comprendre en quoi une directive sans auteur serait dotée d'autorité pratique.

⁴⁸ Heidi Hurd arrive, par d'autres moyens, à la même conclusion que « l'autorité du droit est investie dans les textes de droit, pas dans leurs auteurs ». Voir H. Hurd, « Interpreting Authorities », in A. Marmor, *Law and Interpretation*.

⁴⁹ La notion de « counterfactual scope beliefs » a été élaborée par G. Bassham, *Original Intent and the Constitution*, Lanham, Rowman&Littlefield, 1992, p. 28. Pour une discussion de cette notion, voir *infra*.

⁵⁰ La distinction entre *reasons for action* et *reasons for belief* est introduite dans J. Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 15 ; pour la distinction entre autorité théorique et pratique voir J. Raz, *The Morality of Freedom*, p. 29.

3. De l'intention à l'innovation

1. « Tout ou rien ? »

Une partie des problèmes soulevés par cette controverse réside dans la difficulté à isoler un concept clair d'*intention*. La première ambiguïté tient à ce que par « intention », on entend faire référence à des *états mentaux effectifs* (même le concept, passablement dépsychologisé, de préférence mis en avant par Waldron ressort de l'état mental effectif d'un individu). Même à supposer une forme d'intersubjectivité législative, il demeure que les états mentaux, d'un point de vue extérieur au cercle intersubjectif (tel que le point de vue du juge), demeurent introuvables et difficilement combinables : même à supposer que je connaisse l'ensemble des états mentaux de tous les membres du Parlement au moment où la loi a été votée, je ne saurais les combiner au sein d'une intention unique, et même d'une intention majoritaire.

La thèse de Waldron sur le caractère introuvable de l'intention du législateur me semble reposer lourdement sur une telle conception de l'intention. Elle part du principe 1° que l'intention du législateur peut être un guide pertinent pour l'interprétation lorsqu'un législateur unique est à l'œuvre, et non pas une assemblée délibérative (c'est ce que la machine de Wollheim tend à prouver) ; 2° qu'à supposer que l'on puisse prendre en compte l'intention des législateurs, il ne faudrait prendre en compte l'intention que de ceux parmi eux qui ont voté pour le texte (car lorsqu'un problème d'application de la loi survient, on suppose qu'il faut tout de même l'appliquer : dès lors, il paraît absurde de s'en remettre aux intentions de ceux qui étaient hostiles à cette loi, et n'ont donc aucun intérêt à ce qu'elle soit appliquée). Or cela est contraire à nos intuitions les plus simples en matière de légitimité démocratique, et en particulier à celle qui veut, de manière toute rousseauiste, qu'une loi votée par le Parlement soit une loi *du* Parlement (cela marche mieux en anglais : *an Act of Parliament*) et non pas de la majorité (c'est d'ailleurs, d'un point de vue de sociologie politique, une fiction, comparable à celle qui voudrait que le Président de la République soit le Président de *tous* les Français).

Ces deux thèses condamnent moins la thèse intentionnaliste que la conception de l'intention retenue par Waldron. La première thèse se heurte au constat suivant : un individu unique peut avoir plusieurs intentions en même temps, voire des intentions contradictoires. Un député votera une loi en mettant en avant les grands idéaux qu'elle sert, alors que les effets qu'il en escompte ressortissent exclusivement à son intérêt personnel. Un

individu peut même accomplir un acte avec *in petto* deux intentions incompatibles⁵¹. Par conséquent l'idée qu'il y ait, pour un individu, l'identification possible d'une intention s'avère problématique sinon illusoire⁵². La deuxième thèse est en revanche très forte, et la réponse de Marmor est quelque peu maladroite : Marmor considère que la recherche de l'intention est légitime avant tout (voire exclusivement) dans les cas d'*expertise*, et que ces derniers sont ceux qui se prêtent le moins « à la politique partisane et aux controverses idéologiques »⁵³. Cet argument est d'un point de vue empirique tout à fait fallacieux, car deux experts peuvent fort bien tomber en désaccord, non pas pour des raisons idéologiques, mais pour des raisons qui touchent au contenu de leur domaine d'expertise (ou aux procédures de vérification). La faiblesse de l'argument de Waldron est ailleurs : comme nous l'avons vu, Waldron oscille entre deux positions, l'une qui accorde l'autorité au *texte de loi*, et l'autre au législateur (*the legislature*, par opposition aux *législateurs*). Or je ne vois pas ce qui s'oppose conceptuellement à ce que l'on fasse *du législateur*, comme institution, le substrat d'une *intention*⁵⁴, même si cette intention ne se retrouve dans *aucun* des états mentaux effectifs des législateurs individuels. De ce point de vue la solution apportée par Raz a le mérite de la simplicité. Nous avons vu que dans *The Morality of Freedom*, Raz envisage la possibilité de passer d'un lien d'autorité interpersonnel à un lien d'autorité institutionnelle. Une institution peut-être dotée d'autorité, qu'elle soit composée d'un individu unique ou de plusieurs individus.

« Comment les institutions peuvent-elles avoir des intentions ? La réponse est que si, après délibération, elles peuvent agir intentionnellement, (...) elles peuvent avoir des intentions⁵⁵. »

⁵¹ Un tel individu est-il irrationnel ? Pas nécessairement, dans la mesure où des intentions (ou plutôt ce qu'il faudrait appeler des propositions intentionnelles de type : « j'ai l'intention de faire ϕ ») incompatibles ne sont pas pour autant contradictoires. Deux intentions incompatibles peuvent occasionnellement mener à la même action (ainsi celui qui fournit des armes aux casques bleus peut avoir pour intention à la fois de prospérer dans le commerce des armes et de faire avancer la paix dans le monde).

⁵² Sur ce point, voir M. Dan-Cohen, « Interpreting Official Speech », in A. Marmor, *Law and interpretation* ; voir également J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 281.

⁵³ A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, p. 95

⁵⁴ A vrai dire, comme Marmor l'a reconnu (voir A. Marmor, *Positive Law and Objectives Values*, p. 90), la thèse de Waldron ne cherche pas à montrer qu'il y a une impossibilité conceptuelle à parler d'intention au sujet d'un corps collectif, mais que le caractère pluraliste et dissensuel est un trait essentiel des démocraties contemporaines, et qu'il serait dangereux de vouloir noyer le pluralisme délibératif dans une intention unique (autrement dit, il s'agit également, et peut être surtout, d'une thèse normative).

⁵⁵ J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 280.

Autrement dit, l'argument de Waldron contre la thèse « personnelle » de l'autorité perd de sa force si l'on considère que par personne, on peut entendre également ce que le droit positif français appelle une personne morale. Le fait qu'une personne morale puisse engager sa responsabilité suppose qu'elle est susceptible d'agir intentionnellement. (On remarquera toutefois que Raz accomplit un saut subreptice et non justifié entre le fait d'agir intentionnellement et le fait d'avoir une intention).

Dès lors que l'on suppose qu'une institution peut avoir une intention, il faut supposer que par intention, on fait référence à autre chose qu'à l'état mental effectif d'un individu. Diverses tentatives ont été avancées pour définir un tel concept d'intention (ainsi, par exemple, du concept « d'intention institutionnalisée » mis en avant par Ronald Dworkin dans son article sur l'arrêt *Steelworkers v. Weber*⁵⁶, qui permet de nuancer sa critique célèbre de l'intentionnalisme⁵⁷). L'une des pistes les plus intéressantes est celle proposée par Larry Alexander dans son article « All or Nothing At All? »⁵⁸, qui met en avant un modèle communicationnel de l'émission de normes, modèle qui repose sur une compréhension simplifiée du modèle razien de l'autorité : tout texte de loi (et tout texte de droit) est la tentative par laquelle une autorité communique à un individu ou un groupe d'individus qui y sont assujettis une directive quant à ce qui doit être fait (*what ought to be done*). Dès lors il faut supposer que le texte signifie ce que l'auteur veut qu'il signifie : autrement dit les mots du texte auront la signification qu'ils ont pour leur auteur, pas celle qu'ils ont pour le dictionnaire. Cela amène Alexander à mettre en avant un concept d'intention contrefactuelle, emprunté à G. Bassham⁵⁹, comme clé de la résolution des problèmes posés habituellement par l'intentionnalisme. Il en arrive à une position un peu surprenante que l'on pourrait qualifier de « réalisme contrefactuel » (par opposition au réalisme psychologique des thèses intentionnalistes standard) : bien que les intentions que l'on prête au législateur soient inexistantes, il faut supposer qu'il *aurait dû les avoir* – ce faisant, on peut d'ailleurs se tromper ; il se peut d'ailleurs très bien que l'auteur lui-même soit incapable, confronté à une situation nouvelle, de déterminer quelle était son intention. Alexander distingue alors entre deux problèmes : celui de l'intention des autorités (dont nous venons d'esquisser

⁵⁶ *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979). Dworkin (dans « How to Read the Civil Rights Act », in *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 320-322) commente l'opinion dissidente dans laquelle le juge Rehnquist fait valoir que la décision majoritaire trahit l'intention du législateur qui a voté le *Civil Rights Act*.

⁵⁷ Voir R. Dworkin, « The Forum of Principle » in *A Matter of Principle*, pp. 34-57.

⁵⁸ L. Alexander, « All or Nothing at All ? » in A. Marmor, *Law and Interpretation*.

⁵⁹ G. Bassham, *Original Intent and the Constitution*, pp. 28-34.

les contours) et celui de l'autorité des intentions. La question de savoir s'il convient d'attribuer aux autorités des intentions ne se confond pas avec celle de savoir s'il faut se conformer à ces intentions. Pour être dotées d'autorité, ces intentions sont nécessairement soumises à des contraintes tant sémantiques que normatives, dont le non respect frappe *de facto* l'autorité de caducité. Dans ce cas, la directive n'est plus dotée d'autorité, mais il n'y a alors plus rien à interpréter. C'est pourquoi Alexander met en avant une doctrine du « tout ou rien » : soit l'interprétation suit l'intention de l'autorité, soit elle n'est pas une interprétation, mais une création autonome de droit⁶⁰. Cette thèse n'est pas normative : Alexander ne dit nullement que les juges ne devraient jamais être en mesure de créer du droit. Il s'agit d'une doctrine purement conditionnelle de l'intention : étant donné la structure communicationnelle de l'autorité, si l'on veut interpréter une directive dotée d'autorité, alors il faut en rechercher l'intention. C'est ce caractère de « tout ou rien » que la thèse de Raz permet de nuancer considérablement.

2. La thèse de l'intention fondée sur l'autorité

Le phénomène d'autorité inhérent au système juridique, et auquel les interprètes sont nécessairement soumis, implique que le refus pur et simple du *retrieval* ne puisse être étendu par Raz au domaine de l'interprétation juridique. Raz rejette toutefois ce qu'il appelle la thèse radicale de l'intention qui stipule qu'*une interprétation en droit est correcte si et seulement si elle reflète l'intention de l'auteur*. Cette thèse toutefois n'est, selon Raz, fautive qu'à la marge. En effet, il semble que les règles de *common law* ne puissent être envisagées ainsi. Il est très difficile de distinguer en elles la part qui revient à un droit purement coutumier et celle qui revient à une volonté délibérée de la part des juges d'établir du droit nouveau, doté de force obligatoire (et d'autorité) pour les décisions judiciaires à venir. C'est dans ce dernier cas, et dans ce cas seulement, que la notion d'intention a un sens en matière de *common law* selon Raz (pourvu que l'on se place dans une hypothèse de droit prétorien)⁶¹. A vrai dire cette

⁶⁰ Voir également L. Alexander et E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 234 : « Les "interprétations" des textes juridiques qui dévient de l'intention du législateur ne sont pas des interprétations, mais des exercices indépendants d'une autorité créatrice de droit ».

⁶¹ A vrai dire, il me semble douteux que l'on puisse traiter le droit précédentiel de la même manière que la législation, et ce même dans les systèmes *de common law* ou *de judge-made law*. Plusieurs raisons s'y opposent de manière générale, mais dans l'optique qui est la nôtre, l'argument le plus puissant me semble être celui qui nie que le juge antérieur, i.e. qui a tranché le cas précédentiel ait eu l'intention de jurisférer, et ait lui-même fait la part de l'*obiter dictum* et de la *ratio decidendi*. Dans les systèmes de *stare decisis* rigide, une décision d'espèce de 1883 peut, si elle est pertinente, lier le juge de 2011 quant à la

thèse a de quoi surprendre. La question est certes simple : si l'on suppose que le droit coutumier n'a pas d'auteur, comment comprendre (sauf à reconduire la position austinienne selon laquelle la coutume n'est dotée de valeur juridique que parce qu'elle est tacitement approuvée par le souverain, position qui n'est pas tenable) qu'il soit doté d'autorité ? Marmor, qui adopte une thèse très personnaliste, s'en tire de manière un peu rhétorique en indiquant que le droit coutumier correspond à « la régularité de comportement que la communauté considère comme dotée de force obligatoire, une norme à laquelle elle se doit elle-même d'adhérer »⁶². C'est pourquoi il est difficile de voir, même si, contrairement à Marmor, on refuse d'être plus razien que Raz, en quoi le droit coutumier pose un problème de fond à la thèse intentionnaliste.

Toujours est-il que Raz y voit une objection suffisamment puissante pour rejeter la thèse radicale, et mettre en avant ce qu'il appelle la thèse de l'intention fondée sur l'autorité (*Authoritative Intention Thesis*) selon laquelle *pour autant que la règle de droit dérive d'une création délibérée de droit, son interprétation devrait refléter les intentions de son créateur*.

Le critère principal, c'est donc que l'autorité ait eu l'intention de légiférer. Brian Bix a justement remarqué le caractère à la fois universel (on ne légifère pas sans avoir l'intention de légiférer⁶³) et minimal⁶⁴ de cette thèse. Il reste à voir comment le réquisit qu'elle décrit joue véritablement comme une contrainte sur les interprètes au sein du système juridique. Il semble en effet que Raz joue un peu sur les mots : l'intention que l'interprète entreprend de rechercher n'est pas l'intention de produire un énoncé, ni même l'intention de produire un énoncé doté de sens (hypothèse envisagée par Fish, cf. *supra*), c'est bien le sens que l'auteur a eu l'intention de produire, parmi la multiplicité de sens possibles. Il demeure que pour Raz le caractère minimal de cette thèse est requis par un certain nombre de

décision à prendre, et ce même si le juge antérieur n'avait nullement conscience que sa décision serait à même de fournir un précédent. Dès lors, et *a fortiori* dans un système de jurisprudence souple (ou problématique) telle que la majeure partie des systèmes de droit écrit, le fait qu'*ab initio* on puisse prédire l'importance jurisprudentielle d'une décision dépend de facteurs politiques ou doctrinaux, mais n'est pas spécialement explicable par des déterminations tirées du système juridique lui-même.

⁶² A. Marmor, *Positive Law and Objective Value*, p. 110. On aurait là un phénomène d'auto-autorité.

⁶³ Encore que ce soit contestable. Supposons par exemple qu'au moment du vote un député se soit trompé (en appuyant sur le bouton « oui » au lieu du « non ») et que la loi passe à une voix près. On peut également envisager la tactique bien connue des parlementaires d'opposition en France : un texte de loi est voté tard le soir, l'hémicycle est très peu rempli, et les membres de l'opposition arrivent en masse, suffisamment nombreux pour rejeter la proposition de loi déposée par le groupe majoritaire.

⁶⁴ B. Bix, « Questions in Legal Interpretation », in A. Marmor, *Law and Interpretation*, p. 143. Raz revendique d'ailleurs ce caractère minimal, voir J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 285.

présupposés épistémiques : en particulier, le fait qu'un auteur (ou tout individu) puisse avoir plusieurs intentions concomitantes rend impossible la tâche de l'interprète. Quelle intention retenir, parmi la multiplicité de celles qui peuvent être prêtées à un individu ?

La solution réside dans ce concept minimal d'intention mis en avant par Raz, qui s'appuie lourdement (quoique de manière allusive) sur la théorie des actes de langage, en particulier dans la version proposée par Grice⁶⁵. Grice s'intéresse aux énoncés (ou aux faits structurés comme des énoncés : gestes, etc.) qui sont dotés par leur locuteur d'un sens occasionnel – avec l'idée que si l'on arrive à élucider comment un locuteur signifie (*means*, veut dire) quelque chose par l'emploi non standard d'un signe, on peut être à même d'élucider la nature de la signification standard des énoncés. Pour qu'un locuteur A signifie (veuille dire) quelque chose par *x*, il doit avoir l'intention de susciter une croyance chez un auditeur ; mais il doit également avoir pour intention que son auditeur reconnaisse qu'il avait l'intention par cet énoncé de produire une croyance (et non pas, par exemple, babiller, ou parler (ou agir) de manière purement gratuite). Mais ces deux intentions (que l'on peut appeler intention primaire et intention secondaire) ne sont pas indépendantes : l'on ne peut pas avoir l'intention (primaire) de susciter une croyance (et cette croyance plutôt que telle autre) chez un auditeur sans avoir l'intention (secondaire) que celui reconnaisse l'existence de cette intention primaire.

Raz applique ce schéma à ce type d'actes de langage qu'est la législation, tout en indiquant que cette application ne peut être stricte. Le schéma est le suivant : soient A, un agent doté d'autorité pour édicter une règle de droit quelconque, et *p* une variable propositionnelle désignant le contenu d'une règle de droit. Si A a l'autorité pour édicter une règle de droit telle que *p*, A légifère *p* en accomplissant une action qui exprime l'intention que *p* devienne *de droit* (i.e le contenu d'une règle *de droit*) en vertu de cette intention (pour autant qu'elle soit manifeste)⁶⁶. Cependant, étant donné

⁶⁵ Voir P. Grice, « Meaning », in *The Philosophical Review*, 66/3, 1957 ; P. Grice, « Utterer's Meaning and Intention », in *The Philosophical Review*, 78/2, 1969 ; P. Grice, « Meaning Revisited », in N. V. Smith (ed.), *Mutual Knowledge*, New York, Academic Press, 1982. Ces trois essais ont été repris dans P. Grice, *Studies in the Ways of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989. Je ne prétends pas ici faire justice aux raffinements apportés par Grice à son modèle dans le deuxième essai. D'autre part, par signification, il faut entendre ici exclusivement ce qu'il appelle signification non-naturelle (*meaning_m*). – Pour une discussion de la thèse de Grice (et un contre-exemple célèbre), voir J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, pp. 43-46.

⁶⁶ Cependant Raz se méprend quelque peu sur la portée de la thèse de Grice. Il écrit en effet : « si l'on suit Grice, on pourrait penser de la législation qu'elle requiert l'intention qu'elle soit reconnue comme telle, c'est-à-dire comme un acte de législation ou une intention de légiférer. Mais cette condition pourrait bien être inutilement stricte dans ce cas » (J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 283n.). Or Grice n'affirme

que le législateur ne saurait connaître les détails (et les effets) précis de la législation, *p* ne peut désigner le contenu même de la règle de droit, mais une description (plus ou moins exacte) de ce contenu. Cette description peut être tout à fait générale. C'est pourquoi la thèse minimale de l'intention suggère que l'intention qui est requise par la thèse de l'intention fondée sur l'autorité n'inclut pas nécessairement la compréhension du contenu de la législation. Pour qu'une législation soit une législation (et soit dotée de sens comme telle), il faut au moins que le législateur ait l'intention qu'un contenu même indéterminé devienne de droit.

La thèse minimale est donc avant tout une thèse conditionnelle, en ce qu'elle décrit le type d'intentions qui est requis dès lors que l'on envisage un système d'autorité. Mais « si la thèse de l'intention fondée sur l'autorité est valide, elle ne fournit aucune aide pour l'interprétation⁶⁷ ». Est-ce à dire que cette thèse n'a aucun versant normatif, puisqu'elle se contente d'affirmer que, dans un système d'autorité, l'interprète doit nécessairement considérer la législation comme un acte intentionnel de législation ? Il semble que cette thèse est en quelque sorte une méta-théorie normative de l'interprétation : elle implique en effet que l'interprète considère que si la législation est un acte intentionnel de création de droit, alors ce qu'elle signifie, c'est ce que le législateur *veut dire* (même si ce dernier n'a du contenu de la règle de droit qu'une description générale). Pour déterminer ce que le législateur veut dire, il faut se référer aux conventions d'interprétation de l'époque où la loi a été adoptée, quelles que soient d'ailleurs ces conventions (c'est en ce sens qu'il s'agit d'une méta-théorie normative). Il est évident que le sens « de départ » d'une norme quelconque est déterminé par la convention d'interprétation qui prévaut à l'époque de son adoption ; étant donné que cette convention est adoptée (consciemment ou non) par les émetteurs de la norme⁶⁸, c'est la convention d'interprétation elle-même qui se voit dotée d'autorité. Toute interprétation est

nullement qu'un énoncé *per se* requiert une telle intention : je peux produire un énoncé tout en n'ayant nullement l'intention de *signifier* quoi que ce soit par cet énoncé, de même que je puis faire un geste tout à fait gratuit. En revanche la connexion d'une intention secondaire et d'une intention primaire est nécessaire pour qu'il soit possible de dire qu'un locuteur signifie quelque chose par un énoncé linguistique ou quasilinguistique.

⁶⁷ J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 287.

⁶⁸ Il faut supposer que le législateur ne connaît pas nécessairement l'ensemble des détails de la loi ; en revanche il faut également supposer que le législateur fait partie du groupe de référence (l'opinion commune de son époque) qui partage la convention en vigueur ; si le législateur donne délibérément aux énoncés un sens autre que ceux que les conventions d'interprétation de son époque ont déterminé, alors il faut supposer qu'il a pleinement connaissance du sens global de ces énoncés, et que ce décalage est de quelque manière manifeste. C'est pourquoi la distinction opérée par le juge Scalia (voir *supra*) entre intention originale et « sens objectif qu'avaient les mots à l'époque des *Framers* » ne tient en fin de compte pas.

conventionnelle, c'est-à-dire ressortit à une certaine convention d'interprétation. Une interprétation conforme à la thèse minimale ne cherche nullement à retrouver *l'intention* (i.e. l'état mental) du législateur, mais à retrouver le sens que le texte de loi avait pour le groupe de référence au moment de l'adoption de la norme : on rejoint ici la fonction d'interprétation conservante explicitée plus haut.

Dès lors l'intention joue comme une contrainte générale sur l'interprète dans un système d'autorité, et non pas comme une technique particulière d'interprétation – d'où l'importance que revêt le caractère minimal de la thèse de l'intention fondée sur l'autorité.

3. L'autorité des interprètes et le pluralisme interprétatif

La thèse de l'intention fondée sur l'autorité a, en raison de son caractère minimal, une portée beaucoup plus large que la thèse intentionnaliste plus classique soutenue par Marmor. Celle-ci fait fond sur un concept très restrictif d'interprétation (à travers la distinction interprétation/explication sémantique) : dès lors il n'y a à interpréter que lorsque le sens n'est manifestement pas clair. Pour Raz, l'intention (minimale) contraint l'interprète de manière générale, c'est-à-dire dès lors que celui-ci se trouve au sein d'un système d'autorité.

Cette thèse, pour être générale, connaît de toute évidence des limites, qui traduisent en réalité les limites de l'autorité du droit. Il se peut (et ces cas ne sont pas marginaux) que l'autorité d'un règle de droit s'érode, ou qu'elle demeure en vigueur alors que l'autorité de son auteur n'est pas ou plus aisément identifiable. Ce constat ne constitue toutefois pas une menace à la théorie de l'autorité, mais il invite à tout le moins à adopter une conception « personnelle » de l'autorité moins rigide que celle mise en avant par Marmor. Il conduit, par conséquent, à envisager la possibilité d'une interprétation pluraliste ou innovante.

La thèse intentionnaliste de Raz connaît un certain nombre de limites, qui vont expliquer que son plaidoyer en faveur de l'interprétation innovante n'est pas incohérent. Ainsi, ce que Raz appelle les *old laws* (sans donner clairement de critère d'ancienneté d'ailleurs) est le cas le plus typique où la thèse de l'intention est mise en péril, puisque l'autorité de la loi (i.e. du texte de loi) ne peut plus adéquatement dériver de l'autorité de ses auteurs. Ce point revêt une importance d'autant plus grande qu'il concerne au premier chef l'interprétation constitutionnelle (surtout dans le contexte américain). Il est à bien des égards absurde de supposer que la constitution américaine ou une loi vieille de 200 ans prohibant le meurtre se

trouvent privées d'autorité parce que les *Framers* ou l'auteur de la loi ne peuvent plus efficacement exercer leur autorité sur les générations postérieures ; d'un autre côté, il est également absurde qu'une loi adoptée il y a deux cents ans et mettant l'intégralité des devoirs conjugaux à la charge de l'épouse, conserve, dans le contexte actuel, une quelconque forme d'autorité.

Le cas est difficile dans la mesure où il semble bien que la seule manière de sortir de l'ornière soit d'adopter une théorie de l'autorité se fondant sur des raisons *dépendantes du contenu*, ce qui n'est pas acceptable. En effet, la revendication du droit à l'autorité sur les sujets de droit est une revendication morale ; dès lors une théorie de l'autorité dépendante du contenu reviendrait à indiquer le type de raisons auxquelles l'autorité du droit pourrait continuer à s'appliquer au-delà de l'autorité des *law-makers*, ce qui ne serait qu'une version déguisée du jusnaturalisme classique.

La solution que Raz apporte à ces apories consiste dans un déplacement de l'autorité, plutôt que dans une mise à l'écart de la thèse de l'intention fondée sur l'autorité. C'est en effet l'autorité des interprètes (sur les interprètes ultérieurs) qui se trouve ultimement engagée lorsque l'autorité des auteurs est prise en défaut. Le droit est toujours recréé à travers l'autorité de ses interprètes⁶⁹, c'est pourquoi l'interprétation de ces derniers est nécessairement innovante. Dès lors que le système juridique prévoit que l'interprétation (offerte par certains acteurs) est dotée d'autorité (soit, *a minima*, par l'autorité de la chose jugée, soit par une règle plus ou moins rigide du précédent), la thèse de l'intention de l'auteur est nécessairement disqualifiée. Mais pour autant que l'auteur a autorité, c'est la thèse de l'intention fondée sur l'autorité qui prévaut.

Raz met en avant à plusieurs reprises l'idée d'innovation et de changement dans un cadre (*framework*) stable. Autrement dit, l'interprétation innovante n'est jamais une création de droit, un pur pouvoir discrétionnaire. Il est certain que les auteurs (ou *Framers*) de la clause d'égalité de protection du 14^e amendement n'avaient pas l'intention d'y inclure la ségrégation raciale⁷⁰ ; doit-on dire pour autant que l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*⁷¹ pris par la Cour suprême en 1954 est une *mauvaise* interprétation du 14^e amendement ? En quoi est-il possible d'affirmer que deux interprétations incompatibles d'un même texte (par exemple celles

⁶⁹ Voir sur ce point J. Raz, « On the Nature of Law », in *Between Authority and Interpretation*, p. 122.

⁷⁰ Voir A. Bickel, « The Original Understanding and the Segregation Decision », in *Harvard Law Review*, 69/1, 1955 ; B. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 80-90

⁷¹ 347 US 483 (1954).

offertes du 14^e amendement par les arrêts *Plessy v. Ferguson*⁷² et *Brown* précité) peuvent néanmoins être toutes deux de bonnes⁷³ interprétations ? En quoi une interprétation innovante peut-elle être une bonne interprétation ?

Pour le comprendre, il faut envisager les cas où le pluralisme interprétatif est inévitable, c'est-à-dire les cas de sous-détermination (sémantique ou normative) des énoncés de droit. Il s'agit en apparence d'un problème distinct de celui de l'autorité : en effet des énoncés sous-déterminés peuvent être proférés par une autorité, et inversement un énoncé dépourvu d'autorité apparente peut être tout fait déterminé. Il est possible d'envisager cette sous-détermination à l'aune de deux outils qui, pour être complémentaires, n'en sont pas moins distincts : d'un côté le caractère vague des termes atomiques⁷⁴, de l'autre l'indétermination normative, qui se manifeste à l'occasion de l'application de la règle à un cas déterminé. Il s'agit de deux variantes de ce que Hart a appelé, à la suite de Waismann, la texture ouverte des règles, qui n'est pas épuisée dans le caractère vague des termes des énoncés, puisque sauf dans les cas où la règle, à force d'être vague, ne veut rien dire, c'est toujours à l'occasion de certains *cas* (et pas seulement de certains *énoncés*) que la texture ouverte se manifeste. Or contrairement au locuteur moyen qui peut fort bien s'accommoder de la pénombre épistémique des termes, le juge doit, lui, trancher le litige. L'indétermination survient donc non seulement à l'occasion d'un problème de subsomption, mais d'application⁷⁵, et dans ces cas (marginiaux) la

⁷² 163 US 537 (1896).

⁷³ Par *bon*, ici, il ne faut pas entendre *moralement bon*. Il va de soi que la décision *Plessy* qui a déclaré la ségrégation constitutionnelle n'est pas moralement bonne. En revanche, eu égard aux conventions d'interprétation de l'époque, l'interprétation donnée par la Cour suprême dans cet arrêt est une interprétation adéquate (mais pas la seule) du 14^e amendement. (De ce point de vue, l'interprétation innovante ne se confond pas avec l'interprétation constructive de Dworkin, puisqu'il n'y a pas nécessairement de *meilleure* interprétation possible). Certes, l'interprétation innovante sera requise lorsque l'interprète souhaite rendre le droit conforme à des impératifs moraux, mais ce n'est qu'un cas parmi d'autres d'indétermination juridique (voir *infra*).

⁷⁴ Le concept de *vagueness* en philosophie du langage jouit depuis quelques années d'un certain regain d'intérêt. Le texte fondateur est l'article célèbre de Friedrich Waismann (« Verifiability », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 19, 1945) où est introduit le concept de texture ouverte. A la suite des travaux de Timothy Williamson (*Vagueness*, Londres, Routledge, 1994) et Roy Sorensen (*Vagueness and Contradiction*, Oxford, Oxford University Press, 2001), les philosophes du droit ont fait grand usage du concept de *vagueness*, en particulier Endicott dans son ouvrage séminal, qui en donne une version très anti-épistémiciste (*Vagueness in the Law*, Oxford University Press, 2000). Scott Soames, partisan d'une théorie « indexicaliste » de la *vagueness* en a récemment proposé une application au droit (voir en particulier S. Soames, « Vagueness and the Law » à paraître dans A. Marmor, *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Londres, Routledge, 2012).

⁷⁵ Le cas classique est celui du conflit de normes, ou de ce que Hart appelle le conflit de finalités (voir H.L.A Hart, *Le Concept de droit*, p. 148).

décision du juge est nécessairement discrétionnaire puisque c'est le juge qui énonce la règle à appliquer.

Dans *The Authority of Law*, Raz a reformulé la thèse de la texture ouverte ou de l'indétermination relative en termes de lacunes juridiques⁷⁶ (*legal gaps*), et celle des *hard cases* en termes de litiges non réglés⁷⁷ (*unregulated disputes*). En premier lieu, Raz prend soin d'indiquer que les lacunes du droit ne se confondent pas avec le silence du droit. Le système peut n'être pas complet (comprendre une norme directive ou permissive pour l'ensemble des actions humaines possibles), mais il est clos par des règles de clôture (*closure rules*), dont la plus simple est : *tout ce qui n'est pas interdit est permis*. Raz démontre qu'il est impossible qu'en même temps il ne soit pas juridiquement requis que p et qu'il ne soit pas juridiquement permis que non- p ⁷⁸. Mais il y a des cas où ces règles de clôture se trouvent prises en défaut, et où des lacunes normatives apparaissent, soit en raison du vague des termes, soit dans les cas de conflictualité, où deux raisons incommensurables sont mobilisées en même temps. Dans ce cadre, il est à la fois faux qu'il soit juridiquement permis que p et qu'il soit juridiquement permis que non- p ; non que le droit soit silencieux à ce sujet, mais des raisons incommensurables à la raison que fournit la règle de droit entrent en concurrence avec cette dernière. La lacune juridique ne correspond alors pas à un silence du droit, mais à la survenance de raisons juridiques contradictoires qui empêchent de trouver une réponse au litige.

Raz envisage un troisième type de lacune, qui intervient lorsque le droit prévoit que l'applicabilité des règles dépend de considérations morales

⁷⁶ J. Raz, « Legal Reasons, Sources and Gaps », in *The Authority of Law*, chap. 4

⁷⁷ J. Raz, « Law and Value in Adjudication », in *The Authority of Law*, chap. 10

⁷⁸ J. Raz, *op. cit.* p. 76. La démonstration est la suivante. Soient deux foncteurs O et P (obligatoire et permis) et une notation du type LOx, ϕ par quoi on entend : il est juridiquement (*legally*) requis (ou obligatoire) que x fasse ϕ (je simplifie la notation razienne). Raz veut démontrer que

(1) $(\sim LOx, \phi) \ \& \ (\sim LPx, \sim \phi)$ est faux. Pour cela, il établit que de (1) on peut dériver

(2) $(\sim LOx, \phi) \ \& \ (\sim L\sim Ox, \phi)$. Or

(3) $(\sim LOx, \phi) \leftrightarrow (L\sim Ox, \phi)$ est, selon Raz, une vérité logique (ce qui est contestable). Donc (1) implique

(4) $(L\sim Ox, \phi) \ \& \ (\sim L\sim Ox, \phi)$, qui est une contradiction, QED.

Remarquons que cet argument ne vaut que pour la règle de clôture (C1) « tout ce qui n'est pas interdit est permis » ; si l'on envisage la règle de clôture inverse (C2) « tout ce qui n'est pas permis est interdit », alors (1) n'est pas contradictoire, et (3) n'est pas une vérité logique. Dans ce cadre, il y a bien un énoncé contradictoire :

(5) $(\sim LOx, \sim \phi) \ \& \ (\sim LPx, \phi)$ et la « vérité logique » n'est pas (3) mais

(6) $(\sim LPx, \phi) \leftrightarrow (L\sim Px, \phi)$. Après quoi la démonstration (sur le modèle de la précédente) est évidente, QED. Il serait possible de montrer (mais l'espace me manque) que (3) et (6) sont logiquement incompatibles, d'où la nécessaire incommensurabilité de systèmes normatifs dotés de règles de clôture différentes.

(mettons, par exemple, que le droit prévoit que les contrats immoraux sont invalides). Selon Raz, à chaque fois que le droit fait appel à des considérations morales, il en résulte nécessairement une indétermination du contenu normatif de la règle⁷⁹. Ce point engage des aspects importants du positivisme strict que la *source thesis* de Raz veut représenter : dès lors que l'on part du principe que le contenu du droit n'est *jamais* déterminé par des considérations morales, alors une règle de droit qui se réfère à la morale ne cesse certes pas pour autant d'être une règle de droit (cela va sans dire), mais n'en incorpore pas pour autant la morale au droit : c'est en ce sens que ce troisième type de lacune se rapproche bien davantage du conflit de règles que du vague des énoncés⁸⁰.

Dans *The Authority of Law*, la présence de lacunes implique le pouvoir discrétionnaire du juge, c'est-à-dire d'un pouvoir créateur de droit, accentué par le système du précédent. Il ne s'agit donc en apparence que d'une version élaborée de la théorie hartienne de la texture ouverte. C'est en ce sens que les textes compris dans *Between Authority and Interpretation* marquent une certaine évolution de la pensée de Raz. Parmi les critères d'explication de l'interprétation innovante en effet, il indique les conflits et indéterminations ainsi que le besoin d'intégrer le droit et la moralité⁸¹ (c'est-à-dire l'ensemble de ce qu'il a appelé dans *The Authority of Law* lacunes du droit). Or l'interprétation, même innovante, ne se confond pas avec le pouvoir discrétionnaire (sauf à adopter une théorie sceptique de l'interprétation, dans laquelle il est impossible de distinguer innovation et fidélité). Certes, Raz précise bien que l'interprétation innovante n'est pas la *seule* solution à la disposition des juges (ce qui sous-entend que rien ne les empêche du point de vue juridique de créer une nouvelle règle *from scratch*) ; mais elle demeure un outil pour la résolution des litiges non réglés.

En quoi l'interprétation innovante se distingue-t-elle du pouvoir discrétionnaire ? Elle s'en distingue en ceci que l'interprétation, même innovante, ne change en elle-même pas le droit. Raz est très clair sur ce point : « L'interprétation judiciaire innovante change le droit ; *mais l'interprétation par elle-même ne fait rien de tel*. C'est le pouvoir des cours d'établir des précédents (...) qui signifie que les décisions judiciaires peuvent changer le droit, et dès lors, lorsque ces décisions sont adossées sur

⁷⁹ Voir Raz, *op. cit.*, p. 49 et p. 75.

⁸⁰ Timothy Endicott soutient la thèse inverse, à savoir que le caractère lacunaire d'un droit fondant la validité ou l'applicabilité de la règle sur des considérations morales tient à ce que ces dernières sont nécessairement vagues (voir. T. A. O. Endicott, « Raz on Gaps: The Surprising Part », in L. H. Meyer, S. L. Paulson & T. W. Pogge (eds.), *Rights, Culture and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003).

⁸¹ J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 318.

des interprétations innovantes, elles changent le droit »⁸². Comment se pose, dans ce cadre, la problématique de l'autorité ? Les juridictions ont toujours eu autorité pour créer du droit nouveau, et ce même dans les systèmes souples de *stare decisis*. Une loi, même votée avant-hier, peut introduire une lacune juridique ; *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une règle de droit ancienne (comme la Constitution des Etats-Unis), non seulement parce que les termes qu'elle emploie sont vagues (que veut dire « Due Process of Law » ?) mais parce que les conventions d'interprétation (voire les conventions sémantiques) changent.

Cela m'amène à revenir sur la question de l'interprétation constitutionnelle. J'ai affirmé qu'il n'y avait pas lieu de lui réserver un traitement particulier. Or, il n'est pas purement contingent que les questions constitutionnelles mobilisent le débat public à la fois aux Etats-Unis depuis la première période d'activisme judiciaire, c'est-à-dire depuis la fin du XIXe siècle – et de plus en plus dans l'Europe d'après 1945, où les « droits fondamentaux » sont non seulement élevés au rang de normes supra-législatives et constitutionnelles, mais font l'objet d'une protection spécifique par la voie du contrôle de constitutionnalité. En ce sens, il est nécessaire à la fois que l'autorité de la Constitution demeure vivace indépendamment de l'autorité des *Framers*⁸³, mais que l'interprétation des termes de la Constitution soit sujette à évolution, puisque si l'on admet que les *Framers* n'ont plus d'autorité sur nous, il ne fait aucun sens d'interpréter la Constitution comme ils l'eussent eux-mêmes interprétée. De ce point de vue, le fait que la Constitution soit (presque par définition, du moins lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux) sous-déterminée est ce qui (paradoxalement) garantit son autorité en dépit de la perte d'autorité de ses auteurs – qui est inévitable : nous ne voyons plus le monde comme Hamilton ou Madison le voyaient. En effet cette sous-détermination tient au fait que les principes constitutionnels sont indéniablement des principes moraux, et qu'il faut continuer à les regarder comme tels. (Or les règles de droit faisant appel à des principes moraux sont nécessairement sous-déterminées, thèse qui se déduit de la théorie des lacunes – voir *supra* –, ainsi que d'un aspect de la philosophie de Raz que je n'ai pas abordé, celui de l'incommensurabilité des valeurs⁸⁴). Dès lors intervient nécessairement un processus d'auto-légitimation par la pratique constitutionnelle, qui

⁸² J. Raz, *op. cit.*, p. 320

⁸³ Je fais référence avant tout à la Constitution américaine, qui est un cas d'école, mais il ne me semble pas absurde que ces considérations trouvent à s'appliquer dans un contexte non américain.

⁸⁴ Voir sur ce point J. Raz, *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2000, chap. 3 et 4.

s'assoit précisément sur le fait que, le contenu des constitutions étant nécessairement sous-déterminé⁸⁵, c'est la pratique constitutionnelle qui « prend le relais »⁸⁶.

Il ne fait donc pas de sens d'opposer de manière frontale l'interprétation innovante et l'interprétation conservante ou fidèle. L'interprétation innovante demeure interprétation d'un *original*. Il faut bien partir du principe que c'est bien le même original qui est interprété de génération en génération ; par conséquent il faut supposer que, même dans les grandes lignes, les raisons qui ont poussé les *Framers* à écrire cette Constitution ne sont pas radicalement différentes de celles qui nous poussent à nous y soumettre. En matière constitutionnelle de manière paradigmatique (mais pas exclusive), l'activité interprétative est tout autant *backward-looking* que *forward-looking*. La pratique change le contenu de la Constitution par l'interprétation (ce que l'interprétation en tant que telle ne peut faire), mais c'est toujours la même Constitution qui demeure. On pourrait trouver une analogie dans l'exemple de la vieille maison que l'on rafistole sans cesse, mais qui demeure néanmoins la même maison.

Conclusion

Raz soutient de front deux thèses en apparence contradictoires : une thèse intentionnaliste minimale, une thèse en faveur d'une innovation assise sur les conventions. Ce que j'ai essayé de montrer c'est qu'on ne comprend ni ces thèses séparément, ni que leur réunion ne soit pas incohérente, sans faire référence à la doctrine razienne de l'autorité. C'est l'autorité qui justifie que Raz fasse d'une thèse intentionnaliste (minimale) le cadre normal de sa théorie de l'interprétation. Mais c'est également l'autorité qui justifie que cette thèse soit minimale, puisque l'intention joue comme une contrainte générale et formelle adossée aux conventions sémantiques et interprétatives, et non pas comme une technique particulière d'interprétation. C'est la thèse de l'autorité qui permet d'envisager les limites de l'interprétation intentionnaliste, et c'est elle qui justifie ce que Raz appelle parfois la recréation du droit par l'autorité des interprètes et

⁸⁵ Le caractère nécessaire de cette indétermination distingue plus avant la Constitution d'une règle de droit (par exemple une loi) ancienne. Cette dernière peut fort bien ne pas être plus indéterminée qu'une loi de 2011 ; dans ce cas le recours à l'interprétation innovante se justifie par l'évolution des conventions d'interprétation, et par conséquent par la perte d'autorité *de facto* de l'intention du législateur.

⁸⁶ J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, p. 350. Voir, pour un exemple d'une telle « prise de relais », le commentaire éclairant par Raz d'une célèbre décision constitutionnelle prise par Aharon Barak lorsqu'il était Président de la Cour suprême israélienne : J. Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 37-38.

parfois l'autolégitimation du droit par la pratique (ce qui revient à peu près au même).

Aussi bien est-il impossible de déduire de la doctrine de l'autorité une théorie tranchée de l'interprétation. Mais il faut souligner que la théorie de l'interprétation esquissée par Raz dans les textes qui ont été évoqués *modifie* la doctrine de l'autorité, en ce qu'elle crée une marge entre les litiges réglés et les litiges non réglés, ou entre ce que Hart appellerait le « noyau » et la « pénombre », ce que la théorie standard de Raz ne permettait pas de conceptualiser : ce faisant elle fournit une clé importante (quoique certes non exclusive) à la compréhension de la nature de phénomènes d'autorité qui ne s'épuisent pas dans l'autorité des auteurs, mais que l'autorité des interprètes maintient toujours vivaces.