

META THEORIE, THEORIES DU DROIT ET CONSTITUTION DE 1958

Yann LAURANS, Allocataire de recherche – IRENEE - Nancy Université

L'étude des rapports entre les théories du droit et la Constitution de 1958 est particulièrement complexe en raison de la relative indétermination entourant le sens du terme « théorie » dans le contexte du discours juridique français. L'absence de définition communément admise impose de débiter notre réflexion par l'élucidation de la signification de ce terme. Celle-ci est entendue ici comme la règle gouvernant l'usage d'un terme dans un discours donné. La clarification du concept de théorie juridique repose donc avant tout sur l'analyse des occurrences du terme « théorie » dans le discours juridique constitutionnel au sens large, c'est-à-dire l'ensemble formé par le discours *du* droit constitutionnel et du discours *sur* le droit constitutionnel. Dans ce cadre, les exemples sont pour le moins variés : théorie réaliste de l'interprétation¹, du pouvoir constituant², des constitutions rigides³, de la souveraineté nationale⁴, de la justice constitutionnelle⁵, de la représentation⁶, de l'aiguilleur⁷, de la fédération⁸... Cette diversité nous pousse à opter pour une redéfinition, autrement dit une définition stipulative visant à préciser le sens d'un mot sans toutefois s'écarter des cas typiques de son usage actuel⁹. À ce stade, il s'agit d'une définition minimale qui a vocation à être précisée par la suite. Le terme « théorie » désignera dans cette contribution une construction abstraite prétendant lier de manière cohérente plusieurs énoncés prescriptifs ou descriptifs par une relation systématique. Une théorie sera considérée comme juridique dans la mesure où elle relie des énoncés dotés d'une valeur juridique ou portant sur le droit.

Le but de cette communication est de préciser les rapports unissant les théories juridiques ainsi définies et la Constitution de 1958. Cependant, il est matériellement impossible de clarifier tous les liens potentiels entre ces théories et la Constitution. Cela imposerait, par exemple, une investigation historique sur le rôle d'inspiration joué par certaines théories dans l'élaboration de la Constitution ou inversement sur les variations des théories retenues par la doctrine suite à l'adoption de la Constitution. Nous préférons donc nous limiter à une approche restreinte visant à déterminer dans quelle mesure l'acceptabilité d'une théorie juridique dépend de l'existence ou de la signification de la Constitution de 1958. Nous nous intéresserons ici à l'acceptabilité épistémologique d'une théorie (sa valeur scientifique) et non à son acceptabilité politique ou morale. Cela revient à se demander si la justification de l'inscription d'une théorie dans une étude juridique peut dépendre de la Constitution de 1958.

¹ Troper Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001, pp. 69-84.

² Luciani Massimo, « L'anti-souverain : mutations de la société internationale et décision économique nationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit constitutionnel* 2001, vol. XI, p. 131.

³ Barthélemy Joseph et Duez Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 189.

⁴ Le Pillouer Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 120.

⁵ Ruggeri Antonio, « Méthodes et doctrines des constitutionnalistes et orientations de la jurisprudence constitutionnelle en matière de sources et de leur composition en système », in *La méthodologie de l'étude des sources du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 203.

⁶ Troper Michel, « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau », in Drago Guillaume, Bastien François et Molfessis Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 379.

⁷ Favoreu Louis, « Le parlement constituant et le juge constitutionnel », in *La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 235.

⁸ Beaud Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pp.

⁹ Pour des démarches de ce type, voir Guastini Riccardo, « Roberto Bobbio ou de la distinction », in Bobbio Norberto, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 2 et Scarpelli Umberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, 1996, p. 6.

La question sera donc traitée dans un cadre épistémologique et/ou méthodologique n'utilisant des éléments issus de la description du droit positif qu'à titre d'exemple.

Nous entendons démontrer qu'il existe plusieurs réponses complémentaires. En effet, le terme « théorie » est employé dans le discours constitutionnel pour désigner des constructions présentant des différences suffisamment marquées pour être classées dans des catégories séparées qui entretiennent des rapports variés avec la Constitution. Pour le prouver, nous devons construire une typologie des théories juridiques. Celle-ci sera stipulative et devra de ce fait être appréciée selon son utilité et non sa véracité. Ce découpage aura pour intérêt de montrer que des pratiques apparemment proches et souvent désignées par un terme commun visent en réalité des buts distincts et sont régies par des impératifs différents. Nous répartirons les théories en trois groupes en fonction du niveau de connaissance dont elles relèvent : méta-théories, théories de deuxième et de première herméneutique. Les deux premières catégories seront présentées ensemble car leur admissibilité ne dépend pas de la Constitution de 1958 (I), contrairement aux théories relevant de la dernière catégorie (II).

I. Les théories juridiques détachées de la Constitution

Les théories traitées dans cette partie partagent une caractéristique essentielle pour notre étude : leur valeur ne dépend pas de la Constitution de 1958. Cependant, cette particularité s'explique par des raisons propres à chaque type de théorie au regard des différences qui opposent méta-théories (A) et théories de deuxième herméneutique (B).

A. LA THEORIE DU DROIT COMME META-THEORIE

1. L'évocation de la méta-théorie dans cette contribution peut surprendre puisqu'il ne s'agit pas *stricto sensu* d'une théorie juridique mais plutôt d'une théorie des théories juridiques. Ce choix se justifie car les méta-théories sont le plus souvent désignées dans le discours constitutionnel comme des « théories ». Le respect du critère lexical fixé en introduction exige donc que leur rapport avec la Constitution de 1958 soit clarifié. Nous appelons « méta-théorie » les constructions générales qui portent sur la théorie juridique et non sur le droit lui-même. Le terme « théorie » doit ici être compris dans un sens faible, synonyme d'étude du droit. Il s'oppose à la pratique juridique. Les méta-théories sont des constructions visant à déterminer les conditions de la connaissance juridique, c'est-à-dire le cadre permettant un discours sur le droit à prétention scientifique¹. En fixant des standards partagés, elles donnent à l'étude du droit une inter-subjectivité qui permet son existence en tant que pratique sociale propre à un groupe de spécialistes. Elles se placent donc dans un discours sur le discours sur le droit constitutionnel plutôt que dans le discours sur le droit constitutionnel. Elles peuvent être descriptives, quand elles se contentent de préciser la matrice effectivement partagée par les acteurs sans l'évaluer, ou prescriptives, quand elles entendent créer des principes appelés à encadrer l'étude du droit². Dans tous les cas, elles fixent à la fois l'ontologie juridique, le mode d'existence des objets observés, et l'épistémologie juridique, les impératifs pesant sur la connaissance de l'objet en question³. Au niveau méta-théorique, les constitutionnalistes

¹ Une notion proche peut-être trouvée sous le nom de théorie générale du droit (« jurisprudence ») dans Peczenik Aleksander, *On law and reason*, Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989 (p. 18) où elle est présentée comme une « metadiscipline », et sous le nom de « théorie » dans Favoreu Louis, Gaïa Patrick, Ghevontian Richard, Mestre Jean-Louis, Pfersmann Otto, Roux André et Scoffoni Guy, *Droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2007 (p. 51).

² Villa Vittorio, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 27-35 ou Bobbio Norberto, « Être et devoir-être dans la science du droit », in *Essais...*, précité, p. 193.

³ En ce sens voir MacCormick Neil, « On analytical jurisprudence », in *Conceptions contemporaines du droit, ARSP supplementa*, vol. 1, part I, p. 29 ou Bengoetxea Joxerramon, *The legal reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon, 1993, p. 3.

français se revendiquent généralement du réalisme ou du positivisme. Ils se réfèrent néanmoins de manière implicite à des éléments jusnaturalistes ou hérités du « positivisme » volontariste.

Chacun des courants précités peut être désigné comme une « théorie » mais nous pouvons aussi relever de multiples théories à vocation plus restreinte développées au niveau méta-théorique. Ainsi, la théorie du pouvoir constituant peut se placer à ce niveau. Dans ce cas, la validité de l'ensemble des normes juridiques du système juridique français dépendrait du respect des conditions fixées par la Constitution et la validité de la Constitution elle-même de l'intervention du pouvoir constituant originaire conçu soit comme un pouvoir de fait soit comme l'expression de la souveraineté. Ce genre d'approche relève de la méta-théorie puisque la définition du droit qu'il porte contribue à fixer les bases de l'étude du droit. La vérité des énoncés sur le droit français est en effet conditionnée alors en dernière analyse par la théorie du pouvoir constituant. Le caractère apparemment empirique de ce schéma n'empêche pas qu'il soit doté d'une portée méta-théorique, consciente ou non. Certains des principaux débats méta-théoriques ne semblent pas couverts par le critère lexical utilisé ici. Citons par exemple le débat ontologique portant sur la différence entre normes et principes. En revanche, les différends sur l'interprétation, qui sont au cœur de la méta-théorie du droit constitutionnel contemporain¹, sont le plus souvent formulés comme des oppositions entre théories de l'interprétation concurrentes. En France, la doctrine s'est structurée autour de l'adhésion ou de l'opposition à la théorie réaliste de l'interprétation². La dimension méta-théorique du désaccord n'est pas toujours perçue. Toutefois, dans une optique post-kelsenienne où les normes sont considérées comme la signification d'un acte³, l'interprétation est déterminante pour l'existence même des normes juridiques. Les énoncés interprétatifs forment alors la base du travail dogmatique au même titre que les énoncés de validité⁴. Les théories de l'interprétation sont donc aussi importantes pour la méta-théorie juridique que les théories de la validité. Une fois établi le rapport entre théorie au sens retenu ici et méta-théorie, il faut se prononcer sur la place de la constitution dans les conditions d'admissibilité des méta-théories (2).

2. La valeur des méta-théories ne dépend en aucun cas de l'état du droit positif en général, et de la Constitution de 1958 en particulier. L'acceptabilité des méta-théories dépend en droit, comme dans n'importe quelle autre discipline, de questions générales de philosophie de la connaissance et des sciences. Mieux, le droit positif n'est en aucun cas susceptible d'influer sur la valeur d'un choix méta-théorique. En effet, par définition, les conditions de connaissance du droit positif sont fixées par la méta-théorie. L'acceptabilité des énoncés scientifiques dépend de leur vérité ou de leur falsifiabilité si l'on entend leur conserver un caractère descriptif. Or, la notion de vérité n'est pas fixée par le droit positif mais préexiste à sa connaissance ou en tous cas à sa connaissance considérée comme inter-subjectivement valable. Il faut donc avant tout choisir entre les diverses théories de la vérité en droit (correspondance, consensus, pragmatique...)⁵. Nous sommes ici au cœur de la détermination

¹ Sur la dimension méta-théorique des théories de l'interprétation voir Peczenik Aleksander, *op. cit.*, p. 17.

² Voir par exemple, De Béchillon Denys, « Réflexions critiques », *RRJ* 1994-1, pp. 267-286, Troper Michel, « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ* 1994-1, pp. 267-274, Pfersmann Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* n°52, pp. 789-836 et « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *ibid.*, pp. 759-788 ou Troper Michel, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* n°50, pp. 335-353.

³ Kelsen Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 217.

⁴ Sur la complémentarité de ces deux types d'énoncés, voir notamment Mazzarese Tecla, « Norm proposition : epistemic and semantic queries », *Rechtstheorie* XIII, pp. 39-70.

⁵ Sur les diverses théories de la vérité voir notamment Walker Ralph, « Theories of truth », in Hale Bob et Wright Christian (eds.), *A companion to the philosophy of language*, Oxford, Blackwell, 1997, pp. 309-330 et

du caractère scientifiquement valable d'une connaissance qui constitue l'objet de l'épistémologie¹. En outre, si l'on opte pour une théorie de la vérité-correspondance, comme le font en principe les positivistes et les réalistes, il faut disposer d'une ontologie du droit puisqu'il faut connaître le mode d'existence des entités observées pour pouvoir évaluer la correspondance de l'énoncé en cause à la réalité décrite. De ce fait, les rapports entre la méta-théorie et le droit positif sont descendants et non ascendants. La notion de vérité est constituée par la méta-théorie : elle n'a pas de sens en dehors d'une méta-théorie donnée. Il est donc radicalement impossible de réfuter une méta-théorie puisque cela supposerait son évaluation en terme de vérité. La connaissance du droit est entièrement conditionnée par l'adhésion consciente ou non à une méta-théorie². L'état du droit positif n'est donc pas opposable à une méta-théorie puisqu'il ne peut être connu indépendamment. C'est la méta-théorie qui détermine la connaissance du droit positif, voire l'existence même de ce droit si l'on adhère à un constructivisme scientifique maximal, et non l'inverse. Le caractère stipulatif des choix méta-théoriques³ s'explique par cette spécificité qui condamne toute éventualité de dépendance de la méta-théorie vis-à-vis de la Constitution de 1958.

Ce constat peut sembler trivial puisque le sens du rapport entre la connaissance et la théorie de la connaissance n'est en aucun cas mystérieux. Pour autant, de nombreux auteurs adoptent une position opposée et entendent prouver la nécessité d'un changement méta-théorique en se basant sur l'évolution du droit positif. Ainsi, dans le cadre de la réflexion sur les rapports entre normes et notamment entre le droit international ou communautaire et le droit interne, un fort courant soutient la nécessité d'abandonner le positivisme en raison de l'émergence supposée de rapports horizontaux plutôt que hiérarchiques entre les normes. Cette idée se trouve sous de multiples formes⁴ et a été notamment théorisée dans l'idée du passage de la pyramide au réseau⁵. L'appel à un changement de paradigme confirme s'il en était besoin la dimension méta-théorique de cette revendication⁶. De même, la doctrine constitutionnaliste française a été profondément marquée après 1971 par la promotion d'une forme particulière de réalisme⁷ en raison de l'évolution du droit positif. C'est en effet le développement du

sur les théories de la vérité en droit voir Gizbert-Studnicki Tomasz, « How many theories of truth are needed in jurisprudence ? », in MacCormick Neil (ed.), *Conditions of validity and cognition in modern legal thought*, Stuttgart, F. Steiner, 1985, pp. 153-161 et Wolenski Jan, « Truth and legal validity », *ibid.*, pp. 205-210.

¹ Dans le même sens, sur l'inclusion des théories de la vérité dans la méta-théorie juridique, voir Troper Michel, « Les juges pris au sérieux. La théorie du droit selon Dworkin », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 37.

² Voir en ce sens, François Laurent, *Le problème de la définition en droit*, Liège, Faculté de droit, 1978, p. 18 : « Le juriste n'a pas le choix d'être théoricien ou praticien du droit. Si praticien qu'il puisse être, il n'a en réalité que le choix entre une théorie que ses opinions particulières impliquent sans qu'il en ait conscience et par conséquent sans qu'il soit à même d'en vérifier la cohérence et le fondement, et une théorie explicite dont il puisse surveiller la qualité ».

³ Pour un exemple d'affirmation du caractère stipulatif de l'ontologie, voir Troper Michel, « Les théories volontaristes du droit, ontologie et théorie de la science du droit », in Amselek Paul (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 55.

⁴ Pour quelques exemples insistant sur le rejet de l'approche hiérarchique imputée à Kelsen au profit d'une nouvelle conception du droit, voir Ziller Jacques, « Les possibilités et les limites constitutionnelles et internationales d'évolutions statutaires », in Elfort Maude, Faberon Jean-Yves, Goesel-Le Bihan Valérie, Michalon Thierry et Reno Fred (dir.), *La loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000*, Aix, PUAM, 2001, p. 69 ou Burgorgue-Larsen Laurence, « Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », *RDP* 2002, p. 437.

⁵ Cette idée relativement répandue a été formalisée dans Ost François et Van de Kerchove Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pp.

⁶ Pour plus de précision sur le caractère méta-théorique de cette proposition, voir Laurans Yann, « La théorie générale du droit et la fragmentation de l'Etat », in *L'Etat fragmenté*, Bruxelles, Bruylant (à paraître).

⁷ Si la référence au réalisme américain est parfois rejetée par les tenants du « nouveau droit constitutionnel » (Favreau Louis, « Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* n°1, p. 84),

contentieux constitutionnel qui aurait imposé de laisser une place déterminante aux interprétations du Conseil constitutionnel dans la connaissance des normes constitutionnelles¹. Il s'agit d'une véritable revendication ontologique puisque l'existence même des normes constitutionnelles serait déterminée par l'action du Conseil constitutionnel². Les conditions de vérité de la dogmatique seraient alors dépendantes des décisions du Conseil et non pas de l'interprétation directe des textes sur la base de méthodes d'interprétation objectivement valables. Ce virage vers le réalisme est bien entendu défendable mais son opportunité doit être démontrée par des arguments méta-théoriques et non pas sur la base d'une évolution du droit. L'existence de ces positions doctrinales démontre l'importance du rappel du détachement total entre l'état du droit positif et l'admissibilité d'une méta-théorie. Cependant, il ne faut pas nier qu'il puisse exister certains rapports montants entre droit positif et méta-théorie. D'une part, une relation causale n'est pas à exclure. L'activité croissante du juge constitutionnel peut mener à s'interroger sur la place laissée aux décisions judiciaires dans l'existence même des normes qui était jusque-là négligée en droit constitutionnel faute de juge. Il existe ainsi un rapport indéniable entre le regain du réalisme chez les constitutionnalistes et la mise en place d'un juge constitutionnel mais c'est un rapport causal et non logique. D'autre part, il convient de distinguer les questions épistémologiques et méthodologiques. L'accroissement de l'attention consacrée au contentieux constitutionnel après 1971 est tout à fait légitime. Cependant, il s'agit d'un ajustement méthodologique qui n'implique pas nécessairement d'adhérer à une forme quelconque de réalisme. Les choix méta-théoriques restent donc

il n'en demeure pas moins qu'une large partie de la doctrine soutient que la « vraie » Constitution est celle appliquée par le juge, autrement dit que la signification de l'acte constitutionnel dépend du juge (voir en ce sens Magnon Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, 2007, p. 242 et pour des exemples Mathieu Bertrand et Verpeaux Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 246 ou Rousseau Dominique, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1990, p. 6) et que le juge est capable de créer des normes constitutionnelles (Rousseau Dominique, « Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République », *RDP* 1998, p. 1782). La même idée est visible quand l'absence d'utilisation de normes constitutionnelles non-écrites par le Conseil est vue comme une auto-limitation explicable par la recherche de légitimité du juge (Favoreu Louis, « Rapport introductif », in Avril Pierre et Verpeaux Michel [dir.], *Les principes non-écrits en droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2000, p. 16). Cette posture explique que le centre de cette nouvelle tendance, l'école dite « d'Aix », ait été décrite comme réaliste (voir en ce sens Pfersmann Otto, « Le nouveau constitutionnalisme comparé et les rapports entre juridictions suprêmes », in Iliopoulos-Strangas Julia [dir.], *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 50).

¹ C'est bien le développement de l'action du Conseil constitutionnel qui impose le développement de la place du contentieux dans l'exposé du droit constitutionnel (voir par exemple Favoreu Louis, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in Seurin Jean-Louis [dir.], *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 26). Cette position pourrait être interprétée comme simplement méthodologique mais le caractère constitutif donné aux décisions du Conseil constitutionnel impose d'y voir une prétention méta-théorique : il est entre autres reproché à l'étude du droit constitutionnel classique d'exposer la signification de la Constitution selon une méthode dogmatique classique au lieu de se baser sur les interprétations délivrées par le Conseil qui sont considérées comme le véritable sens des normes. Il ne s'agit pas d'ajouter un nouvel élément à l'étude du droit constitutionnel mais bien de changer l'appréhension du droit constitutionnel en tant que corps de règles.

² En effet, comme nous l'avons vu, l'existence même des normes dépend de leur interprétation. Or, si l'on tient compte prioritairement ou exclusivement des interprétations délivrées par le Conseil constitutionnel, cela revient à lui conférer un rôle déterminant dans l'existence des normes. La meilleure illustration de ce modèle est donnée par la volonté de remplacer le concept de constitution par celui d'un bloc constitutionnel (Favoreu Louis, « Bloc de constitutionnalité », in Duhamel Olivier et Mény Yves [dir.], *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 89) en soutenant que l'action du Conseil a permis d'accroître « la masse des normes constitutionnelles » (Favoreu Louis et Renoux Thierry, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, 1992, p. 8) menant à une « Constitution en 135 articles » (Favoreu Louis et Renoux Thierry, « Rapport général introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 18).

totalement libres. Le détachement de la Constitution et de l'acceptabilité d'une méta-théorie nous permet d'ailleurs de fixer ici les présupposés que nous allons employer pour évaluer les rapports entre les théories du discours sur le droit et la Constitution de 1958. Nous nous baserons sur un positivisme simple défini par trois éléments : la théorie sociale des sources du droit (le droit est considéré comme un fait social), le principe de Hume et le caractère descriptif de la dogmatique¹. Cette prise de position nous permet désormais d'envisager le rapport entre la Constitution et la théorie de deuxième herméneutique (B).

B. LA THEORIE DU DROIT COMME THEORIE DE DEUXIEME HERMENEUTIQUE

1. La deuxième étape de notre raisonnement impose de passer du discours sur le discours sur le droit au discours sur le droit. Nous allons d'abord nous limiter à une partie de ce discours : le discours sur le droit relevant de la deuxième herméneutique. Le concept de deuxième herméneutique s'inscrit dans une approche constructiviste des faits sociaux et du droit qui repose sur la prise en compte du rôle des représentations dans l'existence et la compréhension des faits sociaux. La première herméneutique désigne les représentations partagées par les acteurs faisant de faits bruts des faits dotés d'une qualité institutionnelle spécifique, juridique pour ce qui nous concerne. La deuxième herméneutique en revanche désigne la représentation des faits sociaux promue par la science. Le terme « deuxième herméneutique » s'explique car l'étude des faits sociaux revient à produire des représentations scientifiques sur des représentations sociales. Les sciences sociales reposent en effet sur une interprétation de faits pré-interprétés par les acteurs et non pas des faits bruts eux-mêmes². Plus précisément, elles visent à connaître et comprendre les interprétations des faits bruts partagées par les acteurs. Elles impliquent donc un double constructivisme à la fois social et scientifique. Le caractère descriptif propre à l'approche positiviste impose de séparer ces deux constructivismes. En effet, la première herméneutique est en tant que telle un fait social et la deuxième herméneutique doit donc permettre sa compréhension et sa représentation sans prétendre le changer. La première herméneutique est à prendre en compte et non à construire. Même si elle n'est pas exprimée ainsi, cette idée n'est pas nouvelle en droit. Le concept de première herméneutique recoupe largement celui de point de vue interne, en lui ajoutant une dimension constructiviste plus explicite, quand la seconde herméneutique correspond au point de vue externe modéré envisagé par Hart³. L'étude du droit a vocation à la fois à reprendre la première herméneutique en abordant la pratique juridique du point de vue interne⁴ et à proposer une seconde herméneutique favorisant la compréhension des représentations des acteurs. Le premier type de discours sur le droit partage le langage et les représentations des acteurs quand le deuxième type propose des représentations ajoutées à celles des acteurs qui n'ont pas vocation à les concurrencer puisqu'elles ne sont pas elles-mêmes constitutives de la

¹ Pour une définition comparable du positivisme voir par exemple Himma Keneth Einar, « Inclusive legal positivism », in Coleman Jules et Shapiro Scott (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, OUP, 2002, p. 125.

² Cette idée, largement répandue chez les tenants du constructivisme social (voir par exemple BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 70), est exprimée en termes de dualité de l'herméneutique dans Giddens Anthony, *La constitution de la réalité sociale*, Paris, PUF, 1987, p. 346.

³ Hart H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, PFUSL, 1976, notamment p. 115. Pour d'intéressants développements récents sur les difficultés posées par ce concept, voir le numéro 2007.59 de la *RIEJ* et les actes du colloque publiés dans la *Fordham Law Review* 2006, pp. 1157 s.

⁴ Il s'agit ici d'une particularité de l'étude du droit. Les sciences sociales se cantonnent habituellement au point de vue externe mais la portée pratique de l'étude du droit explique que se soit aussi développée une étude dogmatique cherchant à exposer le droit dans des termes compréhensibles voire utilisables par les acteurs.

réalité juridique¹. La théorie juridique est envisageable aux deux niveaux d'herméneutique. La séparation stricte imposée par le positivisme aux discours portant sur chacun de ces niveaux impose de séparer également les théories juridiques.

Nous traitons dans un premier temps les théories relevant de la seconde herméneutique, c'est-à-dire les constructions abstraites produites par la science du droit sur les représentations des acteurs. Elles sont constituées par un regroupement stipulatif² d'énoncés de la science du droit³. Plusieurs cas sont envisageables car il est possible de regrouper soit des énoncés dogmatiques, c'est-à-dire des énoncés portant sur des normes juridiques considérées du point de vue interne, soit des énoncés dogmatiques et des énoncés sociologiques, c'est-à-dire relevant du point de vue externe radical. Le premier cas est le plus commun. Il est illustré par exemple par la théorie de la fédération, la théorie du pouvoir constituant entendue comme théorie de deuxième herméneutique ou encore la théorie générale des formes d'Etat⁴. Ainsi, la théorie de fédération peut s'analyser comme un concept formé par le rassemblement sous un terme unique de multiples règles portant sur l'édition d'un acte instituant une organisation inter-étatique, la révision de cet acte, son interprétation, la dévolution de compétence dans l'entité constituée, le statut des personnes concernées par cette entité ou encore sa dissolution⁵. L'aspect théorique est incarné par ce regroupement et accentué par la prétention à une cohérence générale au sens où ces diverses normes sont censées former un véritable système organisé autour de l'idée fédérale⁶. La théorie générale des formes d'Etat peut suivre le même modèle en proposant des théories de l'Etat fédéral⁷ ou de l'Etat multinational⁸ mais aussi prendre la forme d'une classification générale consistant à regrouper les règles portant

¹ La distinction entre le vocabulaire élaboré librement par l'étude du droit pour décrire et comparer les divers systèmes juridiques et le vocabulaire du discours du droit est assez classique. Elle a notamment été soulignée par Eisenmann (« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, p. 28) et par le professeur Pfersmann (voir notamment « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* n°31, p. 504, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 285 ou « The new revision of the old constitution », *ICON* 2005, p. 385). Notre approche reprend pleinement cette perspective en la systématisant et en l'inscrivant dans un cadre constructiviste.

² Etant donné qu'il s'agit d'une interprétation du système juridique proposée par la doctrine, celle-ci ne peut être que stipulative, en tous cas si l'on rejette toute inspiration essentialiste.

³ Notons que nous écartons ici un sens du terme « théorie » qui se retrouve régulièrement dans le discours sur le droit. En effet, le terme « théorie » est souvent employé pour désigner n'importe quel énoncé abstrait relevant de la deuxième herméneutique (« les normes de compétences ne sont adressées qu'au juge » voir Tusseau Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 100) ou de la première herméneutique (« les normes matériellement législatives et formellement constitutionnelles survivent à l'abrogation révolutionnaire de la Constitution » voir Esmein Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 582). Cet usage ne pose en effet aucun problème spécifique de conditions d'admissibilité épistémologique : ce genre d'énoncé est soumis aux mêmes impératifs qu'un autre énoncé de première ou de seconde herméneutique qui ne revendiquerait pas une qualité théorique. Nous ne nous intéresserons donc qu'aux éléments qualifiés de « théories » qui présentent des difficultés méta-théoriques.

⁴ Plus largement, il suit le modèle civiliste classique de la théorie générale exposé dans Atias Christian, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987, 224 pp.

⁵ Pour le rattachement de ces différents éléments de la théorie de la fédération, voir Beaud Olivier, *op. cit.*, p. 271 (statut des personnes) mais aussi « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », in Auer Andreas et Flauss Jean-François (éd.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 170 (interprétation), « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Kervégan Jean-François et Mohnhaupt Heinz (dir.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Francfort, Vittorio Klostermann, 1996, p. 267 (dissolution) ou « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA* 1993, p. 1067 (édition).

⁶ Beaud Olivier, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* 1998, pp. 85-86.

⁷ Neri Sergio, *De la nature juridique des Communautés européennes*, Heule, UGA, 1964, p. 20.

⁸ Nzouankeu Jacques Mariel, « Question minoritaire et théorie de l'Etat multinational en Afrique », in *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 421.

sur l'organisation des Etats en se contentant de proposer un classement sans chercher à bâtir une systématisation cohérente¹. La théorie du pouvoir constituant peut elle-aussi se présenter soit comme une simple classification consistant à nommer « pouvoir constituant » l'organe compétent pour adopter des normes constitutionnelles définies selon un critère matériel ou formel, soit comme une construction systématique cohérente incluant des éléments touchant à la licéité des révisions constitutionnelles² ou aux autorités susceptibles d'édicter une constitution européenne³. Le second type de théorie de deuxième herméneutique est plus rare. Citons tout de même l'exemple bien connu de la théorie des régimes politiques qui propose une description systématique des régimes parlementaire ou présidentiel unissant certains énoncés dogmatiques (règles sur les compétences et les interactions organiques) à des énoncés sociologiques portant sur les rapports entre les pouvoirs. La diversité des théories est encore accrue si l'on prend en compte la fonction qui leur est affectée. Ainsi, si la classification générale des formes d'Etat sert uniquement à décrire le droit positif, les théories de l'aiguilleur ou de la représentation sont orientées vers la justification politique ou morale des structures du système juridique⁴. S'il est permis d'exclure de ce type de théories dans une optique positiviste, il reste nécessaire de préciser les rapports entre la Constitution et l'admissibilité des autres types de théories de seconde herméneutique (2).

2. Etant donné que nous nous plaçons désormais dans le discours sur le droit et non plus dans le discours sur le discours sur le droit, les rapports entre admissibilité de la théorie et droit positif dépendent des présupposés méta-théoriques choisis. L'explication proposée ici ne vaudra donc que dans le cadre positiviste prédéfini. *A priori*, la valeur des théories de deuxième herméneutique ne dépend pas du droit positif puisque la cohérence entre les différents énoncés regroupés dans chaque théorie est stipulative. Etant arrêtée arbitrairement par la doctrine, elle ne peut être appréciée en terme de vérité et n'a donc pas à correspondre avec le droit positif. Cette caractéristique est tout à fait logique puisque le principe même de la seconde herméneutique est son détachement des représentations des acteurs. Une définition relevant de la seconde herméneutique ne peut donc être réfutée par un constat relevant de la première herméneutique. La séparation des vocabulaires des deux herméneutiques est ici déterminante. Ainsi, le fait qu'une constitution quelconque définisse un Etat comme une fédération tout en rompant avec les caractéristiques regroupées par la théorie de la fédération n'est pas du tout gênante : le terme « fédération » n'a tout simplement pas le même sens dans les deux niveaux de l'herméneutique. Aucune des théories citées ne peut donc être influencée ou réfutée par la Constitution de 1958.

Toutefois, la coupure entre le système juridique et la seconde herméneutique ne peut être totale sous peine de faire de cette dernière une pratique stérile dénuée de tout enjeu et de toute utilité. S'il est impossible de réfuter une théorie de seconde herméneutique, il est en revanche possible de réfuter l'application de cette théorie à un système juridique donné. Le caractère irréfutable de l'unité stipulée entre les diverses normes qui font l'objet des énoncés dogmatiques rassemblés par la théorie ne garantit évidemment pas que toutes ces normes soient valides dans tel ou tel système juridique. Autrement dit, si la Constitution de 1958 ne peut réfuter la théorie de l'Etat fédéral, sa signification peut mener à considérer que la France

¹ Voir pour des exemples Eisenmann Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948, p. 272 et s. ou Constantinesco Vlad et Pierré-Caps Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 291 et s. notamment p. 306.

² Beaud Olivier, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, notamment p. 307 et s.

³ Guerra-Martins Ana Maria, « Vers une Constitution, post-nationale, fédérale, confédérale ou sui generis ? », *Revue européenne de droit public* 2004, p. 47.

⁴ Cette fonction est parfois d'ailleurs affectée à la théorie constitutionnelle entière. Voir en ce sens Tikhomirov Youri, « Sur la théorie contemporaine du droit constitutionnel », in *L'Etat de droit d'Est en Ouest. Mélanges offerts au Professeur Michel Lesage*, Paris, SLC, 2006, pp. 111 et 115.

n'est pas un Etat fédéral dans le sens défini par ladite théorie¹. Pour reprendre l'exemple du réseau en le reformulant en terme de seconde herméneutique, il est possible de conclure que l'ordre juridique français n'est pas organisé en réseau² mais pas que le modèle du réseau est faux. La présentation adoptée montre donc que l'admissibilité d'une théorie de seconde herméneutique dans le discours français sur le droit constitutionnel n'est pas conditionnée par la Constitution de 1958 mais au contraire de l'applicabilité de ladite théorie pour décrire le droit français.

Le modèle exposé ici mène à douter de l'autonomie du concept de théorie de deuxième herméneutique par rapport à la deuxième herméneutique en général. Le schéma proposé revient à traiter les termes désignant les théories comme de simples catégories de classement sans que la cohérence ou l'unité stipulée, qui caractérise la dimension théorique, n'ait une grande importance. De ce fait, il ne rend pas vraiment compte de l'objectif poursuivi par les auteurs qui construisent des théories de seconde herméneutique. Loin d'assumer la dimension stipulative de leur démarche, ceux-ci présentent plutôt leurs théories comme des constructions logiques et argumentées appelées à réaliser une idée préexistante³. Nous sommes confrontés ici à l'héritage conceptualiste qui mène à vouloir systématiser le droit positif en bâtissant des théories générales plutôt que de simples catégories⁴. L'unité entre les différents éléments de la théorie provient alors de ce concept ou de cette essence qu'elle est censée réaliser et non d'un choix arbitraire. La théorie est alors présentée comme susceptible de permettre la déduction entre normes juridiques générales : si la qualité de fédération est reconnue au regard du critère défini par la théorie alors le reste des règles prévues par la théorie seraient applicables⁵. De même, si une norme a été édictée par le pouvoir constituant au sens théorique, elle bénéficie alors des caractéristiques particulières prévues par la théorie. Ce modèle extrêmement classique néglige en fait le placement de la théorie dans la deuxième herméneutique. Dans une perspective positiviste, les effets juridiques dépendent des représentations partagées par les acteurs et non de celles proposées par la doctrine. De ce fait, la création d'un concept servant aux représentations de deuxième herméneutique est dénué de tout effet juridique. L'impression inverse est due en réalité à la confusion entre les deux niveaux d'herméneutique souvent motivée par un essentialisme⁶ permettant de croire révéler ainsi une forme de vérité

¹ Une idée comparable est exprimée dans Pfersmann Otto, « Le droit comparé... », précité, p. 285.

² Pour une approche du même type sur la théorie de la hiérarchisation organique des normes, voir De Béchillon Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, p. 14.

³ Pour un exemple particulièrement net, voir Besson Samantha, « The many European constitutions and the future of European constitutional theory », *ARSP Beiheft* 2006, p. 173.

⁴ Pour un exposé de cette tradition, voir Beaud Olivier, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface à Schmitt Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 87-93 ou Jouanjan Olivier, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 225 et s.

⁵ Cette idée exprimée en permanence dans les travaux du Professeur Beaud est particulièrement nette quand il soutient que les particularités du pacte fédératif excluent que le droit international public lui soit appliqué (« Propos sceptiques... », précité, p. 168). Notons que si les références essentialistes sont récurrentes dans la théorie de la fédération (pour une démonstration du caractère essentialiste de cette théorie voir Laurans Yann, « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'Etat dans la doctrine francophone », *Politeia* n°12, p. 79), il arrive que son caractère partiellement subjectif soit reconnu (Beaud Olivier, *Théorie de la Fédération*, précité, p. 23).

⁶ Il faut noter ici que le caractère essentialiste des théories générales complique sensiblement leur classement. Puisqu'ils croient s'exprimer sur une vérité conceptuelle universelle et intemporelle, les auteurs qui adoptent ce genre de démarche ne précisent pas s'ils proposent de modifier le droit positif (ce qui impliquerait qu'il s'agisse d'une théorie prescriptive prétendant relever de la première herméneutique) ou de décrire de manière systématique le droit tel qu'il est pratiqué par les acteurs (théorie de deuxième herméneutique proposant une interprétation nouvelle des représentations partagées par les acteurs). En réalité, les auteurs essentialistes négligent totalement le rôle des représentations sociales dans l'existence du droit, ce qui empêche d'interpréter aisément leurs théories dans une forme compatible avec la vision du droit adoptée ici. Le fait que ces théories soient présentées comme ayant des effets juridiques inciterait à y voir plutôt des théories de première

éternelle. Cette dérive a été dénoncée par le professeur Troper à propos de la théorie des régimes politiques¹ mais elle se retrouve de manière générale dans les pratiques doctrinales françaises. La dimension systématique qui est largement artificielle ne doit pas être prise pour une vérité quelconque. La condamnation de ce genre de pratiques réduit clairement l'intérêt des théories de seconde herméneutique. Les constructions abstraites proposées sont au minimum vaines et généralement dangereuses car leur prétention à l'abstraction et à la cohérence mène à négliger la différence fondamentale qui oppose les constructions arbitraires de la doctrine à celles assumées par les acteurs ou réalisées dans des conditions prévues par le discours du droit. L'examen de l'admissibilité épistémologique des théories de seconde herméneutique conduit finalement à un bilan paradoxal. *A priori*, leurs rapports avec la Constitution sont clairs : indépendance concernant la formulation de la théorie et dépendance concernant son application. Toutefois, une étude plus fouillée des théories de seconde herméneutique nous pousse en dernière analyse à leur préférer les simples définitions de concepts doctrinaux détachés de toute prétention de systématisation². Celle-ci est logiquement réservée aux théories de première herméneutique (II).

II. La théorie du droit liée à la Constitution

Proposer une vision complète des théories juridiques exige de ne pas se limiter aux théories purement doctrinales pour envisager aussi la pratique théorique des acteurs. La notion de théories de première herméneutique doit être clarifiée (A) pour être capable de préciser les conditions de leur validité scientifique dont leur rapport à la Constitution (B).

A. LA NOTION DE THEORIE DE PREMIERE HERMENEUTIQUE

1. Le concept de théorie de première herméneutique ne peut être défini qu'en tenant compte de la spécificité des relations entre les deux niveaux d'herméneutique. La poursuite de la démarche lexicale entamée en introduction inciterait à nous attacher à l'emploi du terme « théorie » dans le discours des acteurs qui constitue le cœur de la première herméneutique. Cependant, le discours et le vocabulaire des acteurs est propre à chaque système juridique. Nous fier au discours des acteurs, nous entraînerait à perdre toute prétention d'élucidation universelle et à nous préoccuper d'éléments qui n'ont aucune relation avec ceux envisagés jusque-là aux niveaux de la méta-théorie et de la seconde herméneutique. Nous préférons donc considérer l'expression « théorie de première herméneutique » comme un concept de seconde herméneutique que nous devons définir en vue de permettre une meilleure compréhension du discours du droit et de la pratique juridique. Etant donné que nous entendons démontrer que des théories apparemment identiques se retrouvent aux trois niveaux

herméneutique non-positivistes mais nous avons choisi de les présenter comme des théories de deuxième herméneutique car elles revendiquent une liberté doctrinale les détachant du droit positif et concurrencent plus les classifications générales que les théories assumées par les acteurs. Il s'agit en quelques sortes de théories élaborées dans des conditions propres aux théories de deuxième herméneutique mais prétendant modifier la première herméneutique. Cependant, en les traitant comme théories de deuxième herméneutique, il est possible d'envisager de les utiliser comme des catégories de classification sous réserve que leur fertilité scientifique soit prouvée.

¹ Troper Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, précité, p. 258. Cette idée avait déjà été exposée par le Professeur Troper dans son article « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *ibid.*, p. 250. Notons que si nous adhérons tout à fait à la dénonciation opérée par le Professeur Troper de l'essentialisme de nombreuses théories constitutionnelles, nous refusons en revanche de voir dans toute tentative de classification une œuvre essentialiste ou vaine. Surtout, nous rejetons le lien qu'il opère avec la théorie réaliste de l'interprétation pour assimiler l'opération de qualification, qui relève de la première herméneutique, à un héritage essentialiste masquant la liberté des organes d'application du droit à cette occasion (pour un avis contraire, voir « Les classifications... », p. 269).

² Pour une proposition du même ordre, voir Weinberger Ota, « Legal validity, acceptance of the law, legitimacy. Some critical comments and constructive proposals », *Ratio juris* 1999, p. 350.

de connaissance, nous devons opter pour une définition compatible avec celle des théories décrites jusqu'ici. Nous considérerons donc comme relevant des théories de première herméneutique le mode de raisonnement spécifique consistant à pratiquer une déduction entre normes générales grâce à la systématisation du droit positif dans une construction cohérente¹. Cette définition couvre l'interprétation systématique mais aussi les raisonnements abstraits centrés sur la cohérence au-delà de la seule question de la détermination du sens des textes. Le rattachement à la première herméneutique tient au fait que la théorie a vocation à faire varier représentations partagées par les acteurs sur le monde et non celles créées par la doctrine sur ces représentations de premier niveau². Soulignons que la différence entre théories de première et de deuxième herméneutique ne tient pas à l'auteur de la théorie (acteur contre doctrine) mais bien à l'objet de la théorie : faire varier les représentations conférant une qualité juridique spécifique aux faits bruts ou modifier les représentations conférant une valeur scientifique particulière aux faits institutionnels juridiques.

Si ce genre de théories ne se trouvait que dans la doctrine, il serait aisé de le rejeter comme une forme de conceptualisme déplacé visant à produire des prescriptions doctrinales en rompant avec le positivisme. En revanche, la présence de théories de ce genre chez les acteurs mérite une attention spécifique. Nous allons donc nous intéresser aux systématisations pratiquées par les acteurs du système juridique. La distinction entre systématisation doctrinale et pratique impose de se limiter aux théories construites par les acteurs. Pour atteindre cet objectif nous ne devons tenir compte que des cas où les acteurs, notamment juridictionnels, opèrent une théorisation de manière explicite en excluant les cas dans lesquels la doctrine tente de trouver une cohérence à un ensemble de décisions judiciaires ou à un ensemble de normes positives. Pour pouvoir parler de théorie pratique de première herméneutique³, il faut que les acteurs eux-mêmes considèrent la construction comme une raison pour agir juridiquement pertinente en utilisant des arguments systématiques. Il ne suffit pas que les acteurs considèrent la systématisation comme pertinente dans leur for intérieur : il faut qu'ils motivent explicitement ainsi leurs décisions. Les causes et les motifs des décisions ne concordent pas forcément mais seuls les motifs relevant du droit nous intéressent. La motivation juridique est une pratique de justification ritualisée dans laquelle seul le point de vue officiellement assumé trouve sa place⁴. Rester fidèle au point de vue interne des acteurs exige donc de se limiter aux éléments qu'ils ont présentés comme pertinents⁵, sans chercher à

¹ Ce choix terminologique confirme au passage que les théories conceptualistes peuvent tout à fait être considérées comme des théories de première herméneutique mais elles ne sont dans ce cas que des constructions sans intérêt qui non seulement ne sont pas positivistes mais apparaissent également comme largement illusoire au regard de l'influence limitée de la doctrine sur les acteurs, surtout quand elle fait le choix de l'abstraction.

² Pour une opposition assez proche entre « *theories of law* » et « *theories about law* », voir Peters Anne, « There is nothing more practical than a good theory : an overview of contemporary approaches to international law », *German Yearbook of International Law* 2001, p. 25. Notons toutefois que dans cet article, l'auteur ne semble pas faire clairement la différence entre le critère de l'auteur de la théorie (acteur ou observateur) et celui du point de vue dans lequel la théorie se place (interne ou externe modéré).

³ Le concept de théorie *pratique* de première herméneutique ajoute au critère de l'objet, qui caractérise le rattachement à la première herméneutique, le critère de l'auteur, qui caractérise l'aspect pratique de la théorie.

⁴ Pour une critique des insuffisances de l'approche externe de la motivation judiciaire mettant en valeur l'importance des apparences, voir MacCormick Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, p. 17. Voir également Tamanaha Brian, « A socio-legal methodology for the internal/external distinction : jurisprudential implications », *Fordham Law Review* 2006, pp. 1255-1274. Contrairement à Dworkin, ce qui nous intéresse, c'est la réponse fournie par les acteurs « lorsqu'on leur demande, avec le ton grave qui convient, ce qu'est le droit » (Dworkin Ronald, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 11).

⁵ Pour passer des théories pratiques de première herméneutique aux théories de première herméneutique en général en demeurant dans le point de vue interne, il faut passer des éléments effectivement présentés comme des motifs aux arguments potentiellement présentables comme des motifs au regard des normes positives ou des présupposés des acteurs concernant la motivation (voir *infra* nos développements sur les théories doctrinales de première herméneutique).

discerner les causes réelles de leurs actions du point de vue externe. Les causes des décisions ne sont en effet pas susceptibles de produire des effets juridiques. Le modèle envisagé est donc très proche de celui des théories générales décrites précédemment : il s'agit de considérer que la cohérence unissant les normes N1, N2 et N3 permet de déduire la validité de N1 de celle de N2 et de N3 malgré l'absence de tout acte normatif valide signifiant N1¹. La particularité de la première herméneutique demeure puisque cette cohérence permet de prendre des décisions et pas seulement de comprendre, d'expliquer ou de justifier les décisions prises.

Cette différence de niveau herméneutique explique pourquoi les théories de première herméneutique sont les seules à avoir des effets juridiques. Le lien entre les normes stipulé par la doctrine qui était déplacé parce qu'assimilable à une prescription devient tout à fait recevable ici. Si les acteurs considèrent le pouvoir constituant comme une force magique édictant des normes qui ne peuvent être révisées et motivent ce point de vue en s'appuyant sur le caractère souverain de ce pouvoir², rien ne nous permet de critiquer ce raisonnement car les acteurs ne sont pas soumis aux impératifs positivistes puisque leur pratique n'est pas couverte par la méta-théorie de la dogmatique³. Les théories conceptualistes présentées précédemment apparaissent en fait comme une excroissance doctrinale d'une pratique de systématisation qui n'est pas critiquable quand elle est menée par les acteurs pour préciser la première herméneutique. La notion de théorie pratique de première herméneutique est finalement clairement définie comme un mode de raisonnement utilisé explicitement par les acteurs pour inférer des normes générales sur la base d'une construction abstraite. Cette définition générale gagne à être illustrée par des exemples (2).

2. Les exemples les plus clairs de théories pratiques de première herméneutique peuvent être trouvés en dehors du système juridique français. Tout d'abord, dans le domaine du droit international public, nous pouvons citer la théorie de la constitutionnalité des actes constitutifs d'organisation internationale. Certains juges internationaux ont ainsi avancé l'idée selon laquelle les caractéristiques de ces actes, notamment le fait qu'ils créent des institutions dotées d'un objectif prédéterminé, leur donne un caractère « constitutionnel » qui impose de leur appliquer une méthode d'interprétation spécifique, de type évolutive⁴. Nous sommes bien

¹ Cette présentation permet de comprendre que les théories de première herméneutique doivent être analysées au plan logique comme des normes car ce sont des énoncés prescriptifs qui confèrent une force obligatoire (institutionnelle) à la relation entre les normes 1, 2 et 3. Elle peut être exprimée sous la forme suivante : « si N2 et N3 sont valides alors il est obligatoire que N1 ». Cela explique qu'elles puissent être considérées comme des raisons pour agir juridiquement pertinentes, car cette qualité caractérise les normes juridiques. Ce point n'est toutefois pas le plus important pour nous car c'est la particularité de ce type de normes par rapport à d'autres normes juridiques qui nous intéresse dans cette contribution.

² Les professeurs Verpeaux et Mathieu estiment que « le système constitutionnel repose sur une théorie, qui relève en partie de la fiction selon laquelle la Constitution est l'œuvre du peuple souverain dont elle traduit le pouvoir initial et inconditionné » (*Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 216). Dans cette phrase la théorie est imputée aux acteurs et non à la doctrine ce qui lui permet de valoir malgré son aspect fictif.

³ Cette méta-théorie impose des principes valables pour l'observation du droit et non pour sa pratique. Il ne peut d'ailleurs en être autrement dans une optique positiviste puisque la méta-théorie est arrêtée arbitrairement par les théoriciens du droit et ne peut donc pas être obligatoire pour les acteurs.

⁴ Pour des exemples, voir les opinions dissidentes de M. De Visscher sous l'avis consultatif rendu par la CIJ le 11 juillet 1950, Statut international du Sud-Ouest africain et de M. Lauterpacht sous l'avis consultatif rendu par la CIJ le 7 juin 1955, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain. Notons qu'une autre version de cette théorie applicable aux traités à portée universelle a été proposée dans l'opinion dissidente de M. Alavarez sous l'avis consultatif rendu par la CIJ le 28 mai 1951, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Pour un bilan de la pratique internationale avant l'adoption de la Convention de Vienne (qui a rendu cette théorie moins utile), voir Rosenne Shabtai, « Is the constituent instrument of an international organization an international treaty ? », in *Developments in the law of treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 181-258.

ici face à une théorie au sens que nous avons retenu puisque la présence de certaines normes (attribution compétence, fixation statut organes, affirmation objectifs...) est utilisée comme argument pour défendre une logique particulière dite « constitutionnelle » impliquant la validité d'une autre norme générale (interprétation de type évolutif) qui n'est pourtant pas présente dans l'acte en cause et n'est même pas imputée à une volonté implicite de l'auteur de l'acte¹. Ensuite, nous pouvons trouver en droit communautaire une construction du même type encore plus poussée. Celle-ci trouve sa source dans les arrêts Costa² et Van Gend & Loos³ de la CJCE. La Cour y mène un raisonnement bien connu et assez abstrait qui se sert de la validité d'un certain nombre de normes (durée illimitée du traité, création d'institutions, personnalité juridique, capacité de représentation internationale, transfert de compétences...) pour déduire l'existence d'un « transfert de droits souverains » qui a notamment pour conséquence la validité d'une autre norme générale : la primauté du droit communautaire. Ce raisonnement a été repris et développé dans les années 80 et 90 pour dépasser le concept de transfert de droits souverains au profit de l'affirmation de la qualité constitutionnelle du traité et opérer d'autres déductions, notamment sur l'illicéité de la ratification de traités internationaux portant atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire⁴. Il s'agit encore une fois d'une création de norme générale présentée comme une déduction fondée sur une construction abstraite systématisant des éléments indéniablement présents dans le système juridique considéré⁵. Nous dépassons ici la simple interprétation systématique puisqu'il ne s'agit pas de préciser le sens d'un acte mais bien de créer *ex nihilo* certaines normes.

Les systèmes juridiques internationaux sont particulièrement propices aux théories de première herméneutique mais nous pouvons aussi en relever dans les systèmes juridiques nationaux. Quelques exemples bien connus sont ainsi proposés par Ronald Dworkin pour prouver le bien-fondé de ses propositions méta-théoriques⁶. Sans se prononcer sur ce dernier point, ces exemples illustrent l'utilisation de raisonnements systématiques fondés sur le droit ou la morale dans le système juridique américain. La présentation explicite et motivée de leurs théories de l'interprétation par les juges américains mérite également notre attention. Elle illustre la possibilité pour certaines théories de se trouver à divers niveaux de langage avec des finalités différentes puisqu'il s'agit cette fois-ci d'une théorie officielle de l'interprétation⁷ assumée par les acteurs et dotée de conséquences juridiques. Le discours du droit français offre nettement moins d'exemples de ce type. En se limitant à la Constitution de 1958, il est toutefois possible de citer quelques rares cas d'interprétation systématique. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu par le passé se référer à une « conception française de la séparation des

Voir également, Simon Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pédone, 1981, p. 470.

¹ Cette idée a été développée et étendue par la doctrine (voir par exemple Monaco Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La Communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, pp. 153-172) ce qui montre bien la complexité de l'articulation entre discours sur le droit et discours du droit mais aussi entre les niveaux de l'herméneutique.

² CJCE 15 juillet 1964, Costa c. ENEL, aff. 6/64.

³ CJCE 5 février 1963, Van Gend & Loos, aff. 26/62.

⁴ Voir notamment, CJCE 14 décembre 1991, avis 1/91.

⁵ Comme dans le cas de la théorie constitutionnelle internationale, la doctrine a suivi et dépassé la Cour. On ne compte plus les essais consacrés à la « constitutionnalisation » du droit communautaire.

⁶ Dworkin Ronald, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 16 et s. Notons au passage, que le caractère méta-théorique des propositions de Dworkin est discutable car l'un des principaux problèmes des travaux de Dworkin est l'effacement de la différence entre théorie et pratique du droit (voir en ce sens Gavinson Ruth, « Comments », in *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 26 et Troper Michel, « Les juges pris au sérieux... », précité, p. 39).

⁷ Ce concept de « théorie officielle de l'interprétation » est proposé dans Côté Pierre-André, « L'interprétation de la loi : une création sujette à des contraintes », in Bourcier Danièle et Mackay Pierre (dir.), *Lire le droit : langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 135.

pouvoirs»¹. Il semble ici dépasser le simple besoin d'explicitation de l'expression « séparation des pouvoirs » pour se référer à une théorie abstraite que serait cette fameuse séparation des pouvoirs à la française. Il en a déduit la valeur constitutionnelle de la séparation des autorités judiciaires et administratives. La portée de cet exemple ne doit toutefois pas être exagérée car la théorisation n'est indiquée que par le vocabulaire, très dworkinien, employé à cette occasion sans proposer pour autant de véritable construction systématique. Il serait nettement plus pertinent si le Conseil avait décidé de proposer une théorie abstraite et générale visant à expliciter une expression aussi « chargée » conceptuellement. Citons pour terminer l'attitude de certains commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat à propos des relations entre la Constitution et le droit international. Il a été soutenu que l'article 55 permettait de déduire le caractère moniste de la Constitution de 1958 et que cette particularité pouvait justifier l'incompétence du juge administratif pour contrôler le respect des conditions constitutionnelles de ratification des traités internationaux². Cet argument a finalement été écarté au profit d'autres considérations sans toutefois que sa validité ne soit contestée. Cette idée est intéressante puisqu'elle revient à se référer à une construction systématique, le monisme, pour passer d'une norme constitutionnelle explicite à une norme constitutionnelle implicite déduite de la logique générale de la Constitution. Elle illustre encore une fois l'existence de théories multi-niveaux car le monisme est employé aussi pour désigner des théories relevant de la méta-théorie ou de la seconde herméneutique. Les théories de première herméneutique ne sont pas finalement des élucubrations doctrinales mais sont bien présentes dans la pratique juridique elle-même. Quoi qu'il en soit, comprendre la notion de théories de première herméneutique ne suffit pas à répondre à la question qui nous occupe : celle de leur acceptabilité épistémologique (B).

B. LES CONDITIONS DE CONNAISSANCE DES THEORIES DE PREMIERE HERMENEUTIQUE

1. Il peut paraître surprenant d'évaluer l'acceptabilité épistémologique des théories de la première herméneutique que nous venons de présenter : elles relèvent du discours du droit et non du discours sur le droit et ne font donc l'objet d'aucun impératif épistémologique puisqu'elles visent la modification de la réalité sociale et non sa connaissance. Cependant, il ne faut pas oublier que la division entre première et deuxième herméneutique ne recoupe pas celle du discours du droit et du discours sur le droit. Si le discours du droit est forcément pratiqué du point de vue interne et participe de ce fait à la première herméneutique, le discours sur le droit peut décrire le droit positif soit du point de vue interne soit du point de vue externe. Dans le premier cas, il est en quelques sortes un discours indirect du droit appelé à reprendre le vocabulaire et les représentations des acteurs sans pouvoir les modifier, en tous cas dans un cadre positiviste³. Autrement dit, les théories de première herméneutique sont avant tout formulées par les acteurs mais ont vocation à figurer aussi dans le discours dogmatique sur le droit, c'est-à-dire le discours qui rend compte du droit du point de vue interne. Il s'agit donc ici de se demander à quelle condition un énoncé dogmatique portant sur une théorie de première herméneutique sera recevable dans le discours dogmatique. Ici, la réponse semble évidente : les énoncés dogmatiques sont valables dans la mesure où ils sont vrais et sont vrais s'ils décrivent des normes valides dans le système juridique observé. La

¹ Cons. const. n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence.

² Pour un exemple voir les conclusions du commissaire du gouvernement Bachelier sous l'arrêt de l'Assemblée du Conseil d'Etat du 18 décembre 1998, Zone d'activité de Blotzheim, *Rec.* p. 496.

³ Dans le cas contraire, l'énoncé doctrinal portera atteinte soit au caractère descriptif de la dogmatique (en créant de toutes pièces une norme juridique inexistante, seule susceptible d'altérer les représentations des acteurs sur l'état du droit positif) soit à la théorie sociale des sources du droit (en s'attachant à une source du droit qui est dénuée de toute existence sociale).

vérité des énoncés portant sur les théories de première herméneutique dépend donc de la validité de ces théories. La valeur des théories de première herméneutique repose sur leur validité juridique¹ qui peut provenir soit d'une norme donnant une valeur à une systématisation précise soit d'une norme prévoyant le raisonnement systématique dans son ensemble. Dans le premier cas c'est une théorie spécifique qui est valide et dans le second c'est la théorisation dans son ensemble et par conséquent toutes les théories formulées sur la base de cette norme générale portant sur le mode de raisonnement². Les théories de première herméneutique sont des faits sociaux : leur existence dépend finalement de l'état du droit positif et non pas des choix opérés par la doctrine. L'inscription sociale des théories de première herméneutique est confirmée par la faiblesse des exemples français. La pratique juridique est propre à chaque système juridique sans que l'on puisse la soumettre à des impératifs universels comme c'est le cas pour la pratique doctrinale. Le discours du droit français est ainsi manifestement moins théorique que le discours du droit international. Cette différence montre à quel point il est dangereux de pratiquer des systématisations doctrinales en prétendant leur donner des effets juridiques car la recevabilité des systématisations varie selon le système juridique. L'aspect peu théorique du discours du droit français est une caractéristique spécifique qu'il faut constater et expliciter et non une carence à combler.

Si le rapport entre l'admissibilité épistémologique des énoncés dogmatiques portant sur les théories de première herméneutique et le droit positif est indéniable, le rôle de la Constitution de 1958 n'est pas évident. Nous rencontrons ici une interrogation sur les rapports à établir entre la pratique judiciaire et les éléments textuels concernant les modes de raisonnements valables dans un système juridique. Nous n'entendons pas trancher cette question et nous nous contenterons de proposer quelques orientations. Il est en tous cas possible d'envisager que la Constitution de 1958 supprime une théorie de première herméneutique. Ainsi, si une loi de révision constitutionnelle supprimant le juge administratif était édictée, cela supprimerait de fait la conception française de la séparation des pouvoirs évoquée par le Conseil constitutionnel. Le cas des théories de l'interprétation est plus complexe. Dans le cas où un article constitutionnel préciserait la méthode à suivre pour interpréter la Constitution, il se poserait un problème d'autoréférence puisque l'article en question serait lui-même appelé à être interprété. L'invalidation du mode de raisonnement théorique lui-même par la Constitution ne semble donc pas facile à envisager. Derrière cette difficulté se cache un problème plus profond. La raison qui amène les acteurs à considérer comme valide le raisonnement systématique n'est pas claire et n'est en tous cas pas fournie par une norme positive identifiée. Elle semble plutôt tenir aux présupposés mêmes de la pratique juridique. Il est inévitable que la pratique juridique repose sur un certain nombre de présupposés concernant notamment le mode d'existence des normes et l'admissibilité juridique d'un mode de raisonnement³. Si le mode d'existence des présupposés de l'étude du droit est assez clair, celui des présupposés de la pratique juridique est assez mystérieux. Les auteurs post-

¹ Notons ici que le fait que les théories soit analysables comme des normes juridiques (voir *supra* p. 15) est essentiel puisque c'est cette qualité spécifique qui permet de parler à leur propos de « validité ».

² Nous pouvons assimiler cette deuxième hypothèse au cas des lois en droit français : ce n'est pas chaque loi qui fait l'objet d'une norme spécifique lui conférant sa validité, mais la catégorie « loi » dans son ensemble qui est définie par une norme générale qui confère leur validité à chacun des actes législatifs actuels et à venir répondant aux critères de la catégorie fixés par cette norme générale.

³ Voir en ce sens à propos du rôle des présupposés des acteurs : Tamanaha Brian, article précité, p. 1267 (« *an activity that consists of shared, often tacit ways of knowing and doing [...] practices involve socially established activities which have their own integrated knowledge, ways of doing, and standards of excellence* ») et Van Hoecke Mark, « La théorie du droit (implicite) des praticiens du droit », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 977 (« sans une théorie commune de la validité juridique [...] ou une théorie commune de la signification et de l'interprétation du droit, il ne pourrait y avoir aucune discussion ou pratique juridique »).

modernes font à ce sujet des propositions relativement complexes mais controversées¹. Nous n'entendons pas nous prononcer à ce sujet mais il est clair que si la Constitution peut jouer un rôle dans l'admissibilité des théories de première herméneutique, elle est concurrencée par des facteurs culturels plus profonds.

Cette limite ultime dans la précision des conditions de vérité des théories de première herméneutique ne doit pas occulter le principal intérêt du raisonnement mené. Il permet de distinguer trois types de théories qui entretiennent des rapports contrastés avec la réalité sociale constituée par le système juridique. La fertilité de la typologie choisie tient au final au fait qu'elle permet de respecter les impératifs du positivisme. L'ensemble de la réalité juridique est décrit sans que la doctrine ne soit appelée à la modifier. Confondre les différents types de théorie mènerait soit à négliger les théories de première herméneutique en refusant toute systématisation soit à abandonner le caractère descriptif de la dogmatique en admettant que des choix méta-théoriques ou de deuxième herméneutique soient dotés d'effets juridiques². Cette séparation est d'autant plus opportune que des théories qui sont à première vue identiques peuvent en réalité se développer à trois niveaux distincts de connaissance. Le meilleur exemple est fourni par les théories de l'interprétation. Celles-ci peuvent relever de la méta-théorie (position générale sur la signification tirée de la philosophie du langage), de la deuxième herméneutique (typologie des règles d'interprétations à appliquer aux divers systèmes juridiques) ou de la première herméneutique (ensemble de normes sur l'interprétation considérées comme valides en raison d'une construction des acteurs). Dans ce genre de situation, la séparation est essentielle : la méta-théorie de l'interprétation ne peut être réfutée par une norme positive alors que la théorie de première herméneutique n'est pas sensible aux arguments philosophiques³. La différence entre les niveaux de théorie est

¹ Ils insistent de manière générale et en termes variables sur l'aspect culturel profond des présuppositions partagées par les acteurs. Il s'agirait de « présupposés épistémologiques » (Aarnio Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, Paris, LGDJ, 1992, p. 19), d'une « assumption » (Peczenik Aleksander, « Unity of the legal system », in Krawietz Werner, McCormick Neil et Von Wright Georg Henrik [eds.], *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 71) ou de la combinaison entre une culture d'experts et une structure sociale profonde (Tuori Kaarlo, *Critical legal positivism*, Burlington, Ashgate, 2003, pp. 161-190).

² Ces développements prouvent au passage que ce qui compte ce n'est pas le discours dans lequel la théorie se place ou l'auteur de la théorie mais bien la fonction attribuée à la théorie. Ce n'est qu'une fois cette fonction connue qu'il est possible d'évaluer les conditions de recevabilité épistémologique de la théorie et notamment le rôle que peut jouer la Constitution de 1958 dans ce cadre.

³ Toutefois, les rapports entre les différents niveaux de théorie de l'interprétation peuvent présenter des difficultés supplémentaires. Ainsi, s'il était possible de prouver de manière générale qu'un texte ne peut jamais avoir de signification prédéterminée, il deviendrait difficile de prendre au sérieux une théorie de première herméneutique de type cognitif. Dans ce genre de situation, nous voyons deux solutions différentes. Tout d'abord, en restant dans un cadre positiviste, il est possible d'admettre la dimension cognitive de l'interprétation comme un fait institutionnel fondé sur une fausse croyance mais dont il faut tenir compte puisque les acteurs le font. Certes, ils ne pourront jamais découvrir le sens préexistant du texte puisqu'il n'existe pas mais l'interprétation n'est pas pour autant totalement arbitraire et suit un schéma prédéterminé que les acteurs prennent pour le sens originel du texte. Nous pouvons ici utiliser une analogie avec le système médiéval de preuve par ordalie. Bien entendu, les acteurs ne décident pas en fonction de la volonté de Dieu comprise comme un fait brut mais on ne peut rendre compte du droit médiéval en supprimant la référence à la volonté de Dieu, déterminante pour les acteurs, et en le réduisant à une question de réaction physique. La volonté de Dieu doit être prise en considération mais en tant que fait institutionnel. Dans cette hypothèse nous tenons compte de l'ontologie partagée par les acteurs mais nous l'intégrons dans l'ontologie de la dogmatique. Notons au passage, que cette proposition ne se confond pas avec la théorie des contraintes juridiques proposée par l'école réaliste française (pour une présentation générale de cette théorie voir Troper Michel, Champeil-Desplats Véronique et Grzegorzczak Christophe [dir.], *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005, 203 pp.) puisque la référence au sens prédéterminé n'est pas considéré comme un outil argumentatif mais bien comme une raison pour agir réelle dans laquelle les acteurs croient, ou en tous cas prétendre croire, ce qui suppose une part d'acteurs de bonne foi, et qu'il faut prendre au sérieux de la manière même dont elle se présente. Ensuite, si l'on décide de rompre avec le positivisme, il est possible de considérer qu'il n'y a pas d'ontologie générale à adopter

généralement négligée, rendant ainsi impossible l'appréciation de la valeur des énoncés théoriques du discours sur le droit¹. La fertilité de cette séparation ne doit pas occulter un ultime problème : l'intégration des théories de première herméneutique dans la dogmatique se heurte aux difficiles relations entre les présupposés de la pratique du droit et ceux de son étude positiviste (2).

2. Nous l'avons vu, les théories de première herméneutique ont vocation à figurer à la fois dans le discours du droit et dans le discours dogmatique sur le droit. Or, leur inscription dans le discours sur le droit peut poser problème car il est soumis, contrairement au discours du droit, à des impératifs méta-théoriques positivistes. Nous sommes alors placés face à un dilemme. D'un côté, les théories de première herméneutique sont incontournables si l'on veut donner une description d'un système juridique qui prévoit ce genre de pratique. Puisque l'état du droit positif est déterminé par systématisation, la description du droit est incomplète si elle n'en fait pas mention. Mieux, il devient impossible d'évaluer le bien-fondé d'une décision au regard du droit positif puisque l'on se coupe des raisonnements socialement admissibles dans ce cadre. Nous risquons alors de proposer une dogmatique artificielle et irréaliste. Puisque la description positiviste du droit est une description de la réalité sociale, les théories de première herméneutique doivent nécessairement trouver leur place dans la dogmatique quand elles font partie de la réalité observée. Dans le cas contraire, la théorie sociale des sources du droit et le caractère descriptif de la dogmatique sont abandonnés. Pour le dire autrement, si un système juridique autorise vraiment des raisonnements dworkiniens², il est impossible de négliger cette réalité. Il est logique de rejeter les prétentions générales de Dworkin puisqu'il ne se soucie pas de la réalité sociale mais pas de négliger une pratique sociale qui suivrait effectivement ce modèle.

De l'autre côté, si nous décidons d'intégrer tous les raisonnements licites dans un système juridique donné dans la dogmatique nous risquons d'entrer en conflit avec un autre élément de la méta-théorie positiviste. Ainsi, si un système juridique prétend qu'il faut prendre des décisions sur la base de la recherche d'une justice universellement valable en construisant des théories abstraites sur la justice, il semble difficile de suivre de tels raisonnements en restant fidèle au principe de Hume et au caractère descriptif de la dogmatique. La dogmatique a en effet a priori vocation non seulement à reproduire les raisonnements effectivement menés par les acteurs mais aussi à proposer des raisonnements doctrinaux suivant les modèles licites dans le système juridique considéré pour décrire le droit positif. L'exemple des théories de la justice est évidemment un peu exagéré mais les systématisations proposées par la Cour de justice des communautés posent des problèmes du même ordre car l'inférence sur lesquelles elles reposent n'est pas conforme aux principes généraux de la logique. Il est en effet impossible de déduire la primauté du droit communautaire de la création d'une organisation internationale visant à instaurer un marché commun. De même, le fait que l'article 55 prévoit la relevance des traités internationaux sans passer par une procédure spécifique de transformation ne prouve rien quant à la compétence du juge pour apprécier la régularité d'une ratification. Il est donc tentant de refuser de reprendre ce genre de raisonnement ou d'y voir de simples prescriptions dissimulées par les juges en s'éloignant des représentations

et que l'on peut se contenter de reprendre celle des acteurs. Dans ce cas, l'argument philosophique général est écarté puisqu'il n'existe pas d'argument universel. Dans la communauté organisée autour de l'interprétation cognitive, les textes ont alors bel et bien un sens prédéterminé.

¹ Pour des exemples de théories présentées sans qu'il soit possible de déterminer à quel niveau elles se situent, voir Ruggieri Antonio, article précité, p. 203 ou Trémeau Jérôme, « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *AJJC* 1990, p. 219.

² Pour prendre un exemple, notons que certains considèrent la CJCE comme « *a Dworkinian court* » (Bengoetxea Joxerramon, *The legal reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, Clarendon, 1993, p. VI).

assumées par les acteurs. Une doctrine qui pratiquerait de tels raisonnements serait elle-aussi prescriptive. Nous touchons ici à la frontière entre positivisme et post-positivisme. Le positivisme classique va refuser la prise en compte de tels raisonnements. En revanche, une optique post-positiviste impliquerait de nier toute validité générale à la logique en rapportant la valeur des raisonnements à sa reconnaissance inter-subjective dans une communauté donnée. Si la communauté juridique admet la valeur des systématisations alors la dogmatique a vocation à faire de même et doit chercher à systématiser le discours du droit pour améliorer sa cohérence¹. Les présupposés de la dogmatique ont vocation à s'identifier totalement avec ceux de la pratique juridique sans s'en tenir à des impératifs positivistes qui négligent les particularités de la pratique sociale particulière qu'est le droit². Nous sommes finalement placés face à une option à trois branches pour décrire un système juridique dans lequel le raisonnement théorique est admis : critiquer le principe des théories de première herméneutique, rendre compte des systématisations pratiquées par les acteurs sans proposer de développements comparables ou pratiquer la systématisation dans les conditions permises par le système juridique. Dans ce dernier cas, l'essentialisme pourrait par exemple être admis en tant que raisonnement socialement pertinent dans le domaine juridique sans se prononcer sur sa valeur générale³. La dogmatique pourrait alors produire des théories de la première herméneutique⁴ au même titre que les acteurs dans la mesure où elle se conforme aux conditions prévues par le système juridique⁵. Si la première solution doit être rejetée en raison de son caractère prescriptif, l'alternative restante est difficile à trancher. Pour conclure, l'hypothèse du juge herculéen revient finalement à se demander s'il est possible de rendre compte de la sorcellerie du point de vue interne dans un cadre positiviste. La réponse ne semble pas évidente...

¹ Voir par exemple Peczenik Aleksander, « Unity of the legal system », précité, p. 76.

² Voir en ce sens Aarnio Aulis, *Le rationnel comme raisonnable*, précité, p. 19 ou Peczenik Aleksander, « Legal data. An essay about the ontology of law », in Peczenik Aleksander, Lindahl Lars et Van Roermund Bert (eds.), *Theory of legal science*, Dordrecht, Boston, D. Reidel Publishing Company, 1983, p. 97.

³ Le problème posé par la systématisation essentialiste peut être rapproché du cas de l'interprétation cognitive dans l'hypothèse où l'indétermination fondamentale des textes ferait l'objet d'une démonstration générale convaincante. La systématisation serait alors considérée comme une fausse croyance dont il faut tenir compte (lecture positiviste dissociant les matrices de la dogmatique et de la pratique) ou comme un raisonnement tout à fait légitime dans une communauté spécifique (lecture post-positiviste identifiant les deux matrices). L'identité des deux situations n'est pas étonnante puisque dans le cas d'école envisagé précédemment le sens prédéterminé du texte était considéré comme une entité aussi irréaliste que l'essence ou la relation systématique ici.

⁴ Ce genre de théories relèverait de la première herméneutique dans le sens où elles prétendraient préciser la qualité institutionnelle-juridique particulière dont jouissent certains faits bruts. Elles ne proposent donc pas une interprétation nouvelle des interprétations des acteurs mais bien une interprétation particulière des faits bruts dans un cadre qui se veut juridique. Le fait qu'elles ne soient pas produites par les acteurs n'est pas déterminant puisque le critère de la séparation de l'herméneutique tient à l'objet interprété et non à l'identité de l'interprète.

⁵ Bien entendu, la doctrine n'est pas appelée pour autant à prendre des décisions ou à qualifier des faits. En revanche, elle peut construire un discours relevant de la première herméneutique visant notamment à contrôler le respect du droit par les organes chargés de l'appliquer (sur l'importance de cette fonction du discours sur le droit, voir Pfersmann Otto, « Les faux problèmes du droit naturel », séminaire à l'École normale supérieure, <http://www.diffusion.ens.fr/index.php?res=conf&idconf=538>). La systématisation produite jouit du même statut que les interprétations doctrinales dans une dogmatique plus classique. Elles n'ont pas de valeur authentique contrairement aux interprétations judiciaires (sur cette idée voir Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, p. 341) mais sont généralement considérées comme une pratique indispensable à la dogmatique.