

INSTITUT
MICHEL
VILLE

DROIT & PHILOSOPHIE

2017

Annuaire de l'Institut Michel Villey

Volume 9-1

Droit et indétermination

DIRECTEURS

Olivier Beaud
Denis Baranger
Mélanie Plouviez

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Jacques Bienvenu †
Jean-Pierre Coriat
Quentin Epron
Jean-François Kervégan
Philippe de Lara
Charles Leben
Pierre-Yves Quiviger
Philippe Raynaud
Marie-France Renoux-Zagamé
François Saint-Bonnet
Philippe Théry
Mikhaïl Xifaras

COMITÉ DE RÉDACTION

Gregory Bligh
Mathieu Carpentier
Jérôme Couillerot
Élodie Djordjevic
Mélanie Plouviez
Tristan Pouthier
Pierre-Marie Raynal
Céline Roynier
Raphaëlle Théry
Sabina Tortorella
Mathilde Unger

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Élodie Djordjevic

ASSISTANT D'ÉDITION

Martin Hullebroeck

Adresse de la rédaction : Institut Villey, Université Paris II
12, place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 05
e-mail : contact@droitphilosophie.com
<http://www.droitphilosophie.com/>

Droit et indétermination

Numéro dirigé par Mathieu Carpentier

Droit & Philosophie

Volume 9-1 (novembre 2017)

Mathieu Carpentier : <i>Présentation</i>	5
Brian H. Bix : <i>Indeterminacy and Good Faith: Politics and Legitimacy</i>	9
Arnaud Le Pillouer : <i>Indétermination du langage et indétermination du droit</i>.....	19
Jose J. Moreso : <i>Marry Me a Little How Much Precision is Enough in Law?</i>.....	45
Julien Jeanneney : <i>Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus</i>	69
Ralf Poscher : <i>The Normative Construction of Legislative Intent</i>	107

Mathieu Carpentier

PRÉSENTATION

Ce dossier, qui réunit les actes d'un colloque organisé par l'Institut Michel Villey le 21 mars 2016, porte sur l'idée d'indétermination du droit. Cette dernière a quelque chose d'une évidence, mais elle porte également en elle un paradoxe.

C'est, tout d'abord, une évidence. Pour reprendre la formule célèbre du Digeste, « les lois ne peuvent point être conçues de manière à embrasser tous les cas possibles ». Pour des raisons tenant aux limites du langage ou à celles qui affectent la prescience de l'auteur de la règle de droit, cette dernière ne peut prétendre effectuer un partage clair et net entre les cas qu'elle régule et ceux qu'elle ne régule pas. Dans de nombreuses situations, la question de savoir si la règle s'applique à un cas, ou si elle devrait s'y appliquer reste irrésolue. Le droit n'apporte aucune réponse claire et les sujets de droit tout comme les organes d'application ne peuvent se fonder sur une règle préexistante pour guider leur action ou prendre leur décision. Pour le dire autrement, la règle de droit est nécessairement confrontée à des cas difficiles. Dans certains cas, l'indétermination provient de la formulation même de la règle. Lorsqu'un énoncé normatif est ambigu, c'est-à-dire susceptible de plusieurs significations différentes, et lorsque cette ambiguïté n'a pas de solution évidente, la disposition ne peut être appliquée à aucun cas avant que la signification ne soit fixée par l'interprète. De la même manière, lorsque l'énoncé est vague ou doté de « texture ouverte », il est nécessairement susceptible de laisser libre cours à des cas limites. Telle règle (un arrêté municipal par exemple) qui prescrit de ramasser les tas de feuilles mortes sur son pas de porte occasionnera un paradoxe sorite (à partir de combien de feuilles a-t-on un tas ?). Telle autre qui prohibe l'entrée des véhicules dans le parc verra son application confrontée aux suspects habituels du *hard case* (vélo, voiture téléguidée, etc.).

En ce sens l'indétermination peut constituer un outil stratégique pour l'auteur de la règle, qui souhaite conférer à d'autres, par exemple aux organes d'application, une marge d'appréciation – voire de pouvoir discrétionnaire – dans la résolution des cas. Tel est le cas de l'exemple classique du standard qui prescrit de rouler à une vitesse raisonnable, nécessairement plus vague que la règle qui fixe une limite de vitesse à 50 km/h. Cependant, on aurait tort de prétendre qu'il serait toujours possible à l'auteur de la règle d'éviter la survenance de cas difficiles ou de cas-limites. Celui-ci peut certes multiplier leur nombre potentiel, il ne peut sans doute jamais les réduire à néant. Voilà pour l'évidence.

L'indétermination du droit a également des airs de paradoxe, et les débats qui agitent la théorie et la philosophie du droit depuis un demi-siècle (voire plus) mobilisent des positions qui sont fort éloignées de l'évidence du sens commun, évidence peut-être trompeuse d'ailleurs. On a l'impression que la philosophie du droit oscille sans cesse entre les deux pôles que Hart, dans un article célèbre, a appelés le cauchemar et le noble rêve. Le Cauche-

mar, d'une part, décrit un monde dans lequel la règle de droit n'est jamais à même déterminer l'issue des décisions juridictionnelles. Si la décision est prévisible, prédictible, elle l'est en fonction de déterminations qui sont, au moins en partie, extérieures au droit lui-même. Les diverses théories dites réalistes du droit en sont l'exemple classique, encore qu'il s'agisse d'un mouvement fort divers, dont certaines branches ne se laissent guère ramener sous cette description rapide. À bien des égards, et avec de très nombreuses différences, les *Critical Legal Studies* ont remis sur le devant de la scène l'idée d'une indétermination radicale du droit, où la question même de savoir si la règle est ou non déterminée est largement laissé l'appréciation de la stratégie argumentative du juge. – Le Noble Rêve, au contraire, envisage le droit comme absolument déterminé. Quelles que soient les limites des sources, le droit apporte toujours une unique bonne réponse aux litiges. Que les juges soient humains et de ce fait faillibles n'enlève rien au fait qu'il n'y a pour chaque litige qu'une seule réponse justifiée en droit, qu'une seule proposition de droit vraie. Pour arriver à cette conclusion, le Noble Rêve n'hésite d'ailleurs pas à s'extraire du strict cadre des règles de droit positif. C'est, décrite dans les très grandes lignes, la théorie de R. Dworkin et de certains de ses disciples.

Les contributions réunies dans ce dossier permettent de mettre en lumière les multiples facettes de la notion d'indétermination du droit et des controverses qu'elle a suscitées.

L'article de Brian Bix fournit une introduction idéale au débat américain sur l'indétermination, avec l'étude de trois moments-clés : l'article célèbre du juge Joseph Hutcheson sur le rôle des intuitions (*hunches*) dans la prise de décision juridictionnelle ; les *Critical Legal Studies*, examinées ici à partir des thèses de Mark Tushnet ; et l'essor, au sein de la science politique américaine, de la théorie attitudinale de la décision juridictionnelle. Chacune de ces théories met au jour l'existence de facteurs extérieurs au droit qui pèsent sur la décision du juge : ses propres intuitions quant à la manière correcte de résoudre le litige ; le poids de la société, et des groupes de pression qui s'y déploient ; l'affiliation politique des juges. Si ces considérations ne permettent pas de soutenir une thèse radicale de l'indétermination du droit, elles tentent néanmoins de montrer un certain échec du droit à guider la décision juridictionnelle, du moins dans les affaires qui sont suffisamment complexes pour atteindre un certain degré dans la hiérarchie juridictionnelle.

L'article d'Arnaud Le Pillouer se veut une défense raisonnée de la thèse – ou plutôt d'une thèse – de l'indétermination absolue du droit. Cette dernière s'oppose aux thèses de l'indétermination relative, selon lesquelles le droit laisserait, dans certains cas seulement, une marge de manœuvre discrétionnaire aux organes d'application. Selon lui, cependant, le débat sur l'indétermination ne peut être ramené à un débat scientifique, portant sur la description correcte du droit positif, ni à un débat de philosophie du langage : ainsi la thèse de l'indétermination absolue du droit n'est pas incompatible avec l'idée – relativement intuitive – d'une détermination au moins relative du langage. En revanche, la thèse de l'indétermination absolue du droit, selon laquelle il n'y a pas d'application objectivement incorrecte du droit, peut être soutenue comme une thèse méthodologique intellectuellement fructueuse. Elle permet en effet d'analyser le droit en termes de causa-

lité, comme un ensemble de contraintes venant orienter et limiter les choix interprétatifs des autorités juridiques.

À supposer que cette conception du débat sur l'indétermination soit juste, elle ne remet pas en cause la pertinence de l'étude des phénomènes d'indétermination juridique qui proviennent de traits essentiellement linguistiques. C'est l'objet de la contribution de Jose Juan Moreso sur le vague dans le droit, c'est-à-dire sur l'ensemble des concepts qui, dans le contexte juridique, occasionnent un paradoxe sorite. S'appuyant sur les débats sur le vague en philosophie du langage, Jose Juan Moreso s'intéresse à certaines spécificités du langage du droit, par exemple ce que Timothy Endicott appelle « vague extravagant ». Ce dernier est la propriété de concepts pour lesquels il n'existe aucun consensus relatif aux propriétés pertinences des cas tombant sous le concept : ainsi, il n'y a pas d'accord quant à ce qui constitue un *cas clair* d'« élégant » ou de « restrictions nécessaires dans une société démocratique » au sens de l'article 10 § 2 de la Conv. EDH. Or, eu égard à ce désaccord persistant, il convient de s'interroger sur la valeur qu'il faut d'accorder à l'usage de concepts vagues en droit – et sur le danger que cet usage représente, dès lors qu'il entre en tension avec certains idéaux de la *rule of law*, en particulier les idéaux de précision du droit et de justice formelle.

L'indétermination du droit appelle-t-elle une attitude spécifique de l'interprète, et en particulier de l'organe d'application du droit ? Les deux dernières contributions à ce dossier s'interrogent sur le recours à l'intention du législateur.

Julien Jeanneney s'intéresse aux cas d'ambiguïté du droit. Lorsqu'un énoncé normatif est ambigu, pour des raisons sémantiques ou syntaxiques, l'interprète est confronté à deux (ou plusieurs) normes concurrentes, parmi lesquelles il doit faire un choix. S'appuyant sur un pan, peu connu en France, de la littérature américaine, Julien Jeanneney s'interroge sur la valeur du recours à l'intention du législateur et, en particulier, aux travaux préparatoires. Après avoir utilement distingué entre plusieurs notions d'intention, il dresse une cartographie des différentes critiques adressées à l'intentionnalisme. La position adoptée *in fine* est nuancée : s'il convient de dépsychologiser l'intention, et de renoncer à rechercher des états mentaux déterminés, l'intention doit être considérée comme une convention abstraite et pour une large part fictive. En ce sens, il apparaît que le recours à l'intention du législateur n'est qu'un des éléments de la « boîte à outils » du juge, un pis-aller dont la pertinence s'évalue faute de mieux.

Une défense philosophique plus robuste de l'intentionnalisme est présentée par Ralf Poscher dans la contribution qui clôt ce dossier. Les philosophes de l'action ont, depuis longtemps, proposé des modèles d'intention collective. Selon Ralf Poscher, ces modèles sont assez largement inadéquats pour conceptualiser la pratique législative. L'agrégation d'intentions individuelles est rendue difficile par le fait que ces intentions, en ce qui concerne le législateur, sont généralement manquantes : les membres du Parlement votent souvent par discipline partisane, sans connaissance réelle du contenu du texte voté. Ils votent « pour » ou « contre » un texte qui n'a d'autre signification que son contenu sémantique, lequel, naturellement, s'avère fréquemment indéterminé. C'est pourquoi Ralf Poscher est amené en dernière analyse à proposer une notion normative et contrefactuelle de l'intention du

législateur, où l'intention pertinente est celle qu'il est possible d'attribuer à un législateur compétent et diligent. Une telle intention est elle-même susceptible d'être indéterminée ; c'est pourquoi sa recherche n'épuise pas la tâche de l'interprète.

Brian H. Bix

INDETERMINACY AND GOOD FAITH: POLITICS AND LEGITIMACY

INTRODUCTION

In the 1980s, the question of legal determinacy or indeterminacy seemed central to legal philosophy.¹ The debate may not now seem as central or as vibrant as it did when there was critical legal studies theorists at one end of the debate (radical legal indeterminacy), and Ronald Dworkin at the other end (the right answer thesis).² However, the important issues raised have not gone away simply because we speak about them less often.

Legal (in)determinacy is a simple name for a complicated set of distinct but overlapping issues.³ There is thus, in a sense, not a *single* problem of legal indeterminacy, but *an array of problems*, and it is likely that what solves or “resolves” one element of the array will still leave much of the array still problematic. While conceding the difficulty of offering any simple or comprehensive discussion of legal indeterminacy, this paper will try to offer an overview that will highlight certain themes and possibilities within the debate.

We need to recall some of the confusions common to these discussions. When we make claims about right answers to legal questions, we need to be precise about our assertions: Are we claiming that there are always, sometimes, or never right answers? Do we claim that the answer depends on the difficulty of the legal issue? Must the right answers be *unique* or can there be more than one right answer (while still claiming that some answers are wrong)?⁴ and so on. Also, can the (right) answer to legal disputes change over time (beyond the obvious point that legal sources can be added, subtracted or modified by legislation and by court decisions, thereby changing citizens’ rights and duties)? Finally, and perhaps most importantly, when we ask about right answers to legal disputes, is this a question about the legal materials, considered in the context of some abstract or ideal decision process; or is it a question regarding the actual or likely decisions of real judges; or perhaps both? If the debate is to focus on actual decisions, is it suffi-

¹ E.g., K. KRESS, « Legal Indeterminacy », *California Law Review*, 77, 1989, p. 283-337; L.B. SOLUM, « On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma », *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, p. 462-503.

² E.g., R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 119-145.

³ E.g., L. KATZ, « Nine Takes on Indeterminacy, with Special Emphasis on the Criminal Law », *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 2015, p. 1945-1973.

⁴ In relation to this point, this paper will *not* be distinguishing between true indeterminacy (no right answers) from underdeterminacy (a small number or range of right answers). See B. LEITER, « Legal Indeterminacy », *Legal Theory*, 1, 1995, p. 481-492, p. 481 n. 1.

cient for our purposes (whatever those purposes might be) that the decisions be consistent and predictable, even if those decisions are determined in part by factors thought to be “extra-legal” or “legally irrelevant” (e.g., the political inclinations, biases, or socialization of the judges)? Of course, to raise this secondary question in turn raises issues relating to *what counts as* “legal sources” as against “extra-legal sources” – a debate prominent in Ronald Dworkin’s work. (In a case where a court is authorized, perhaps even required, to look at moral and policy considerations in resolving legal disputes, and those considerations, combined with legal materials traditionally and narrowly understood, lead to “the one right answer,” should we consider this issue to have been *legally determined* or *legally indeterminate*? Dworkin and Raz disagree on the question).⁵

It is not surprising, given the complexity of the embedded issues, that discussions of legal determinacy go off in a variety of directions: the (in)determinacy of meaning of individual terms, phrases or sentences (with particular attention to vagueness⁶ and “open texture”),⁷ the reasons why the meaning and application of legal norms could or should diverge from the norms’ semantic meaning;⁸ the problem of conflicting legal norms; the problem of vagueness in the ultimate standard of legal validity;⁹ the range of acceptable interpretations of precedent (in Common Law countries);¹⁰ and the general “defeasibility” of law.¹¹ Terms can be vague, or at least be uncertain in application when confronting novel fact situations. The plain meaning of norms can conflict (in particular applications) with the purpose of the enactment or with the intentions of the lawmakers. One relevant legal norm may conflict with another norm that also seems to apply. And even where the meaning and application of legal norms seems straightforward, the judge may have the legal authority (and perhaps a legal duty) to change the law, where this would improve the law or avoid a clear injustice. Additionally, one regularly comes across instances where the legal sources seem to require one outcome, but the actual case comes out the other way, be-

⁵ J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », in M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman & Allanheld, 1983, p. 73-87; R. DWORKIN, « A Reply by Ronald Dworkin », in *ibid.*, p. 247-300, at p. 260-263.

⁶ E.g., T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 85-105.

⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012 p. 124-136; see B.H. BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 7-25.

⁸ See B.H. BIX, « Vagueness and Political Choice in Law », in G. KEIL & R. POSCHER (eds.), *Vagueness in Law: Philosophical and Legal Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁹ F. SCHAUER, « Second-Order Vagueness in Law », in G. Keil & R. POSCHER (eds.), *Vagueness in Law: Philosophical and Legal Approaches*, op. cit.

¹⁰ F. SCHAUER, « Precedent », *Stanford Law Review*, 39, 1987, p. 571-605.

¹¹ J. FERRER BELTRÁN & G.B. RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

cause of judicial error or bias (more on judicial bias below).¹² Finally, the indeterminacy of legal outcomes may come not from the legal norm(s), but from the facts to which it/they are being applied, in that the facts might be subject to different characterizations (e.g., focusing on different levels of generality or different time frames) which affect the legal outcome,¹³ or simply because legal fact-finding is especially prone to error.¹⁴

Additionally, there are discussions and debates at a higher level, a “meta-level” if you will, regarding the significance and implications of these debates about indeterminacy. Does occasional legal indeterminacy – either in abstract consideration of legal sources or in the actual decisions of judges – undermine the rule of law and create important questions about the legitimacy of law and government? Or is legal indeterminacy (in moderate amounts) both unproblematic and expected?

This article will briefly consider three “moments” of the legal indeterminacy debate, in order to gain an overview of the debate’s issues and themes. Those three are: (1) Joseph Huteson’s discussion of “hunches” in judicial decision-making, with the implications that fact about decision-making may have for legal indeterminacy; (2) Mark Tushnet’s work on advocacy and legal outcomes, showing the importance of focusing on (in)determinacy over the longer term; and (3) the work of various empirical political science theorists constructing an “attitudinal model” of judicial decision-making (along with other related empirical work), displaying how judges’ political inclinations (and other extralegal factors) explain outcomes in a large class of cases. As will be discussed, all of these topics raise serious concerns of a “rule of law” or “legitimacy” nature.¹⁵

In what follows, Part I looks at hunches and indeterminacy; Part II examines at indeterminacy over time; Part III describes positive political theory and indeterminacy; and Part IV then adds some reflections and conclusions.

I. HUNCHES AND INDETERMINACY

In 1929, Judge Joseph Huteson wrote an influential article about the judicial process,¹⁶ in which he argued against the conventional view of how

¹² In Brian Leiter’s terminology, this would be a case of the law being “rationally determinate” but “causally indeterminate”. B. LEITER, « Legal Indeterminacy », *Legal Theory*, 1, 1993, p. 481-492, p. 482. As Leiter points out, if legal sources are rationally indeterminate, they will necessarily also be causally indeterminate (*ibid.*, p. 482-483).

¹³ M. KELMAN, « Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law », *Stanford Law Review*, 33, 1981, p. 591-673.

¹⁴ See J. FRANK, *Courts on Trial*, Princeton, Princeton University Press, 1973.

¹⁵ And we may speculate whether these concerns are mitigated or exacerbated by the fact that these “indeterminacies” seem most prevalent in the most difficult and most politically controversial cases

¹⁶ J.C. HUTCHESON Jr., « The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision », *Cornell Law Quarterly*, 14, 1929, p. 274-288.

judges decide cases. Judges had been portrayed (and portrayed themselves) as coming to their decisions through deduction from general premises. The general premise might be: “When facts A, B & C are present, defendant has committed crime Y.” Then the court would note that facts A, B & C are present, and would conclude that the defendant was thus guilty of crime Y. Hutcheson argued that this picture of courts analyzing cases as syllogisms was a false picture of how judicial decisions – and, indeed, most practical decisions, legal or non-legal – are made.¹⁷

Hutcheson claimed that judges generally start with a “hunch” about how the case before them should come out, and then try to write an opinion consistent with that hunch. The great American pragmatist philosopher, John Dewey, writing in the *Cornell Law Quarterly*, offered a similar position. Dewey wrote:

[W]hile the syllogism sets forth the *results* of thinking, it has nothing to do with the *operation* of thinking. [...]
[...] As a matter of fact, men do not begin thinking with premises. [...] [W]e generally begin with some vague anticipation of a conclusion [...], and then we look around for principles and data which will substantiate it [...].¹⁸

Assuming that Hutcheson’s (and Dewey’s) descriptions of decision-making are largely accurate (and they are consistent with recent work by behavioral psychologists)¹⁹, there remains a question of whether this fact is problematic.

On one hand, if there is a single unique answer to all (or nearly all) legal questions (as Dworkin argued),²⁰ and we can be confident that competent judges acting in good faith will find that right answer, then we need not worry about hunches. Wherever judges begin in their deliberations, in due course they will reject all incorrect answers and find their way to the correct answer.

On the other hand, if there are regularly more than one correct answer – more than one answer that is equally legitimate and defensible given the facts and the relevant legal norms – then the initial “hunch” a judge has *can* be quite relevant. If one could justify an outcome for either the plaintiff or the defendant, then which way one decides the case will likely be determined by which way one’s initial hunch went. If one starts off believing that the plaintiff should win, one will then try – and succeed – in writing an argument justifying the decision in favor of the plaintiff, and one will have little reason to change one’s mind and write the decision instead for the de-

¹⁷ A well-known, earlier attack on the model of “mechanical jurisprudence” was made by R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 8, 1908, p. 605-623.

¹⁸ J. DEWEY, « Logical Method and the Law », *Cornell Law Quarterly*, 10, 1924, p. 17-27, at p. 22-23.

¹⁹ See D. KAHNEMAN, *Thinking Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2011; D. ARIELY, *Predictably Irrational*, rev. ed., New York, Harper, 2009; R.H. THALER, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, New York, W.W. NORTON & Co., 2015.

²⁰ E.g., R. DWORAKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 119-145.

fendant. Similarly, if both a “conservative” and a “liberal” resolution of some question of constitutional interpretation would be justifiable, then we would expect conservative judges to have conservative hunches, and see no reason later to reject that hunch, and liberal judges to have liberal hunches, and similarly stay with *that* initial position. (We will revisit the importance of political inclination for judicial decision-making in Part III.)

To summarize, if judicial decision-making starts with a hunch (and this seems likely), that hunch can affect the outcome of the decision if there is more than one defensible conclusion. Thus, it is indeterminacy that makes hunch-based decision-making significant. If the starting point of the decision (the hunch) is affected by political (or other) bias, then it is those biases rather than the legal materials that is determining the outcome for those cases where there is more than one defensible outcome. In other words, the hunch aspect of decision-making does not make law more indeterminate – it does not *explain* indeterminacy – but it does help us to understand why (and when) indeterminacy might be troubling. The importance of hunches is exacerbated by the context (especially in the United States): where there is frequently a great deal at stake in judicial decisions (especially, though not exclusively, in constitutional law cases), and judges have a wide variety of backgrounds and values.

Another wrinkle to the issue that we do not have time to consider at length here: Duncan Kennedy has argued that the extent to which the legal materials “resist” the outcome set by a “hunch,” or desired by a judge (for ideological or other reasons), should be seen as variable, a function of the judge’s ability, motivation, and available time, and not merely something that is “objectively in” those legal materials.²¹

II. INDETERMINACY OVER TIME

Most discussions of indeterminacy are relative to a particular legal system at a particular time. Often, this context is unstated, but nonetheless, the legal determinacy is assumed to be *this* legal system, *now*. Some new questions and issues arise when one considers how the determinacy of certain questions can change over time.

There are some obvious ways in which the resolution of legal issues changes over time, ways which do not raise theoretical concerns. Law can change because the legislature passes new statutes changing the law on certain matters. Courts and administrative agencies can also come down with important new decisions that appear to change, or at least clarify, the law, even though the decision-makers may purport only to be declaring what the law *already is* (how to characterize decisions that seem to change the law even while purporting only to declare existing law, is a theoretical issue of its own, that I will not explore further here).

²¹ D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 157-179. Though Kennedy argues that there may be some decisions that cannot be justified given the materials, even for the most able and motivated judges, even with unlimited time.

What I want to focus on is Mark Tushnet's argument, in his 1996 article, "Defending the Indeterminacy Thesis,"²² that accepted understandings of authoritative legal texts can change over time in response to legal and social advocacy. Tushnet's point is that which legal questions we consider "easy" – and, its correlate, which legal arguments we consider "clearly wrong," "off the wall," or "nonsensical" – can change over time, and often as the result of purposeful action by activists.²³ Advocates for particular positions, connected with certain ideologies or interest groups, work to change our understanding and application of particular legal texts.²⁴ There are numerous examples of issues in American constitutional law where a position went from being dismissed as silly to its being seriously considered or even adopted, this move happening in the wake of intense scholarly and social advocacy. Such results from right-wing advocacy include the view that government regulations could constitute "takings" that require compensation under the 5th Amendment to the U.S. Constitution,²⁵ and the view that the 2nd Amendment to the Constitution protects individual gun ownership²⁶; results of left-wing advocacy include the view that the 14th Amendment to the U.S. Constitution requires the inclusion of same-sex couples in state marriage laws.²⁷

At one level, there is nothing strange about shifts in law through advocacy. It is commonplace for the law to be changed through concerted advocacy that results in new legislation or regulation. Of course, we may not be happy about the direction of such changes, and we might raise questions of legitimacy if we think that certain groups (in particular, the wealthy or some other group) seemed to have disproportionate influence, but the basic idea of legal change through lobbying is central to our understanding of democratic governance. One might assert that the sort of legal change Tushnet describes is simply a variation of this kind of normal, democratic change.

²² M. TUSHNET, « Defending the Indeterminacy Thesis », *Quinnipiac Law Review*, 16, 1996, p. 339-356.

²³ Tushnet describes the process as one of finding the right "background rule" to "put into play" to unsettle previously settled law (*ibid.*, p. 346-347).

²⁴ Tushnet goes further, noting that all it may take for an argument previously views as frivolous to be taken seriously is for "a socially significant set of legal actors [to begin] to make it." (*ibid.*, p. 345).

²⁵ See, e.g., R. BRAUNEIS, « The Foundation of Our "Regulatory Takings" Jurisprudence": The Myth and Meaning of Justice Holmes's Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* », *Yale Law Journal*, 106, 1996, p. 613-702; *First Evangelical Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987).

²⁶ See *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

²⁷ See *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2071 (2015). These examples come from American constitutional law, where such activist-driven legal change may be most salient and (because the stakes are so high) most frequent. See D. COLE, *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, New York, Basic Books, 2016. However, scholars in most (non-constitutional) doctrinal fields can point to comparable changes in their areas of law. One example Tushnet uses is the "battered woman's defense" (where a physically abused woman kills her partner and claims a version of self-defense) (M. TUSHNET, « Defending the Indeterminacy Thesis », *op. cit.*, p. 348, n. 26).

The response would be that lobbying a legislature is different than lobbying a court. Courts are supposed to be (in Ronald Dworkin's terminology) "forums of principle."²⁸ Judges are supposed to apply the existing law, not make up new law (while pretending that they are only applying existing law). Of course, we lawyers and academics know (however much judges may protest to the contrary) that judges *do* legislate, they do make new law. However, the conventional view is that judges only legislate (or only *should* legislate) to fill in gaps, to deal with the "open texture" of legal provisions.²⁹ The sort of change in legal meaning Tushnet is describing is not merely interstitial gap-filling; it is a significant change in the central meaning of important legal texts (does the Second Amendment protect individual gun ownership?, does the Fourteenth Amendment require the inclusion of same-sex couples in state marriage statutes?, and so on). The general understanding is that constitutional provisions, statutes, and administrative regulations have set meanings, with perhaps some need for judicial clarification or filling in on borderline cases or for unforeseen fact situations. However, the kind of changes Tushnet is describing go far beyond that – making settled law unsettled, or changing the settled law entirely from one conclusion to its opposite. From a rule of law perspective, it is just as bad (if not worse) for the legal materials to lose or change their settled meanings as it is for those materials to leave disputes undetermined.

III. POSITIVE POLITICAL THEORY AND INDETERMINACY

Political theorists have done extensive empirical work on judicial decision-making, and have found what appear to be explanations of judicial behavior that are distant from legal sources and legal doctrine. Best known, perhaps is the "attitudinal model" of judicial behavior, based upon data which appear to show a strong correlation, at least for appellate court cases, between outcomes of cases and the political inclinations of the judges (or, a close proxy, the party-political affiliation of the official who appointed the judge).³⁰ Other recent work has found a correlation between outcomes and other extra-legal factors, like the political inclinations of the other judges on a multi-judge panel,³¹ or even whether a judge has a daughter.³²

To be sure, claims of the determination of legal decisions by politics (and other extra-legal factors) are often overstated: even the strongest ver-

²⁸ E.g., R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 124-136.

³⁰ See J.A. SEGAL & H.J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; see also L.B. SOLUM, « The Positive Foundations of Formalism: False Necessity and American Legal Realism », *Harvard Law Review*, 127, 2014, p. 2464-2497.

³¹ C.R. SUNSTEIN, D. SCHKADE, L.M. ELLMAN. & A. SAWICKI, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington, Brookings Institute, 2006.

³² A. GLYNN & M. SEN, « Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues? », *American Journal of Political Science*, 59, 2015, p. 37-54.

sions of these theories do not claim that *all* decisions are determined by these factors. There *are* easy cases, where judges of different political inclinations and different circumstances would agree as to the outcome. Further, there are many disputes that, because they are easy as a matter of law, because different judges would agree on the outcome, never get litigated at all.³³

Cases whose outcomes are determined and explained by political affiliation or similarly extraneous factors are instances of “indeterminacy,” at least in one of the senses in which that term was used by the American legal realists and critical legal studies (CLS) theorists: that these are cases where it is not the legal materials themselves, but something else, that is determining the outcome. As noted earlier, this claim of indeterminacy is consistent with claims that these politically-determined cases are fully predictable. We can (and often do) predict (accurately) that (e.g.) a court dominated by Republican-appointed judges will decide a controversial case in a “conservative” way, but that is different from concluding that this is the “right” outcome according to the relevant legal materials.

We can also run the analysis in the other direction: not from *political* determination to *legal* indeterminacy, but rather from *legal* indeterminacy to a suspicion of *political* determination. Where legal sources do not determine the outcome, then the outcome *must* be explained (at least in part) by other factors, which often will include unconscious biases of one kind or another.

There is a sort of second-level indeterminacy issue lurking here as well. To conclude that decisions must be attributed to *extra-legal* as contrasted with *legal* factors, one needs a fairly clear sense of when the legal materials are sufficient (or at least necessary) to explain the outcome. And that remains a matter of significant controversy. Critical scholars, from the American legal realist, European Free Law, and critical legal studies movements often spoke of judges who portrayed themselves as bound (to a single legal answer) when they were in fact not bound (there was more than one legally justifiable response).³⁴ The implication, at least sometimes, was that these judges were hiding policy choices under the guise of legal constraint, but I think that we should take seriously the possibility that the judges sincerely thought that they were constrained, and simply did not see that more than one outcome was justifiable.

There is an obvious connection between this third topic (the attitudinal model) and the first one (the role of the hunch in judicial decision-making). As mentioned, hunches are problematic primarily when there is more than one tenable (defensible) resolutions of a legal dispute and which resolution one is directed to by one’s hunch is determined by non-random factors, of

³³ L.B. SOLUM, « The Positive Foundations of Formalism: False Necessity and American Legal Realism », *op. cit.*, p. 2475-2476.

³⁴ E.g., J. FRANK, *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 316-325; J.E. HERGET & S. WALLACE, « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia Law Review*, 73, 1987, p. 399-456; D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 264-296.

which political/ideological tendencies may be both the most obvious and the most problematic.

Again, all of the above analysis assumes that judges are acting in good faith, attempting to apply the law. There are, of course, corrupt judges, and judges who (some of the time or much of the time) seek only to reach particular outcomes, without any regard for what the law is, but from my experience, both working for and observing judges,³⁵ such cases are rare.

REFLECTIONS AND CONCLUSIONS

As stated at the start: “indeterminacy” is many different things, and these many different things have many different causes and implications. It is not easy to find what binds all of them together. However, one might start from the concerns that motivate the inquiries.

One important concern (associated with Ronald Dworkin) is that where the legal sources do not determine the outcome, then judges will be making decisions affecting liberty, property, and perhaps even life, based on a retro-active application of new (judge-made) law. It is only if there are right answers to legal disputes, answers based on legal sources – the actions of legal officials – that had occurred prior to the action(s) being judged, that a criminal or civil defendant can be assured that decisions are grounded on what the law actually was, rather than on what a judge has decided to make it. (Dworkin was not much troubled by the fact that the legal “right answers” might not be demonstrable, that reasonable judges acting in good faith could, and in the harder cases likely *would*, disagree on what the law is. What was important to him was that judges focus on trying to determine what the law is, rather than turning to their own views about what the law should be.)

Another worry (relating to the one just mentioned) is that indeterminacy undermines the ideal of “governance of law, not of [people].” There is a hope that judges would simply apply the decisions already made by other legal officials, where “apply” was understood as something mechanical,³⁶ or at least neutral. If the legal sources need to be supplemented by other sources – whether the idiosyncratic preferences of judges or moral or political truth (on which judges will inevitably differ) – then the ideal of transparency or neutrality is undermined.³⁷ Where law is indeterminate, the deci-

³⁵ I worked for five judges, mostly at the appellate court level, in both U.S. state and federal court systems, over four years plus two additional summers.

³⁶ R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », *op. cit.*

³⁷ Where law is truly indeterminate, and not merely in doubt, judicial resolution is not merely a matter of interpretation, but requires sources beyond the law to choose among the available options. T.A.O. ENDICOTT, « Interpretation and Indeterminacy Comments on Andrei Marmor’s Philosophy of Law », *Jerusalem Review of Legal Studies*, 10, 2014, p. 46-56.

sions made in the name of the law can be criticized as arbitrary,³⁸ inconsistent, and unconstrained.³⁹

Questions of determinacy are also often equated with issues of objectivity.⁴⁰ However, this is as likely to create confusion as clarity, as the concept of objectivity is at least as controversial and multi-faceted as that of determinacy.⁴¹ Sometimes “objectivity” in law is equated with there being one right answer to interpretive questions, sometimes to the further claim that this right answer is grounded in realist or natural kinds analysis.⁴²

One last point: if there are now fewer publications on the issue(s) of legal (in)determinacy, it may reflect just the coming and going of “fashion” for different topics. However, whether the issue is in or out of “fashion,” the determinacy of legal disputes raises a series of important issues that warrant our continuing attention.

Brian H. Bix

Brian H. Bix is the Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy at the University of Minnesota. He received his J.D. (law degree) from Harvard University and his D. Phil. (doctorate) from Oxford University. He is a Member of the Bar of the States of Minnesota, Massachusetts, and Connecticut, and also a Member of the American Law Institute. He writes primarily in Jurisprudence, Contract Law, and Family Law. His publications include Jurisprudence: Theory and Context (7th ed., Sweet & Maxwell, 2015); A Dictionary of Legal Theory (Oxford, 2004); Contract Law: Rules, Theory, and Context (Cambridge, 2012); and The Oxford Introductions to U.S. Law: Family Law (Oxford, 2013).

³⁸ As Timothy Endicott has noted, trying to avoid vague legal standards by inserting precise cut-offs can create a different sort of arbitrariness, as the legal standard could frequently diverge from the reasons on which the standard was based. T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 192.

³⁹ S.G. WILLIAMS, « Indeterminacy and the Rule of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2014, p. 539-562, at p. 559-560.

⁴⁰ E.g., J.L. COLEMAN & B. LEITER, « Determinacy, Objectivity, and Authority », *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 1993, p. 549-637.

⁴¹ See, e.g., B. LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; see also K. GREENAWALT, *Law and Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

⁴² N. STAVROPOULOS, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Arnaud Le Pillouer

INDÉTERMINATION DU LANGAGE ET INDÉTERMINATION DU DROIT

Le droit est-il (plus ou moins) indéterminé ? Classique, pour ne pas dire rebattue, la question n'en reste pas moins un peu énigmatique.

Elle l'est d'abord parce que ses termes sont eux-mêmes relativement vagues : la notion de « droit » comme celle d'« indétermination » sont susceptibles d'acceptions différentes¹, de sorte que les approximations et les malentendus sur le sujet ne sont pas rares. Mais ce qui est encore plus troublant, c'est sans doute la variété des réponses que la philosophie du droit apporte à une question qui semble être fondamentale pour la compréhension du phénomène juridique : celle de la latitude laissée aux autorités de « concrétisation » des normes supérieures². Il s'agit en effet d'une question essentielle dès lors que le droit est pensé comme un système normatif dans lequel les normes particulières sont justifiées par référence à des normes préalables plus générales.

Or, la palette des réponses à cette question de l'indétermination du droit est particulièrement large. On peut en effet grossièrement distinguer trois grandes thèses : celle de la détermination absolue du droit, celle de la détermination (ou de l'indétermination) relative, et celle de l'indétermination absolue.

La première consiste à estimer que les autorités de concrétisation du droit ne disposent dans l'exercice de leur mission d'aucune marge de manœuvre : à chaque situation juridique correspond une et une seule « bonne » réponse à apporter, c'est-à-dire une seule réponse objectivement valable du point de vue de l'ordre juridique considéré. Certes, il arrive que des normes prévoient une certaine marge de manœuvre pour les autorités chargées de les appliquer³ (par exemple lorsque le code pénal prévoit une fourchette de peines à infliger pour tel ou tel délit, ou lorsque la loi enjoint aux autorités

¹ La question de l'indétermination du droit est ainsi parfois envisagée en même temps que celle de son imprévisibilité – de façon souvent un peu confuse. Or, les deux questions sont conceptuellement distinctes, quoique souvent liées dans les argumentaires des uns et des autres. Une chose est de se demander, comme nous le ferons ici, dans quelle mesure les autorités d'application du droit sont liées par le celui-ci ; une autre de s'interroger sur le fait de savoir si les décisions posées par ces autorités sont plus ou moins prévisibles. On peut en effet fort bien défendre la détermination du droit et son imprévisibilité ou *vice versa*.

² Il convient de noter que le débat est en général limité (sous l'influence anglo-saxonne, en particulier) à la question de la marge de manœuvre dont disposent les juges, dans l'application des règles de droit à des particuliers. Mais elle pourrait être étendue à toute opération de concrétisation du droit par une autorité compétente, à quelque niveau de la hiérarchie qu'elle se situe.

³ Ce que Kelsen appelait une « indétermination intentionnelle », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 455.

d’application de déterminer où se trouve « l’intérêt de l’enfant »), mais il ne s’agit là que de fausses exceptions, car de deux choses l’une : soit (version souple) l’on admet que les juges peuvent adopter des solutions diverses et pourtant également valables juridiquement, mais que cette diversité est contenue dans les normes supérieures, qui déterminent donc « absolument », c’est-à-dire autant qu’elles le souhaitent, le comportement des autorités d’application ; soit l’on estime (version stricte) que les juges doivent trancher les cas qui leur sont soumis en mobilisant non pas seulement les normes qu’ils sont chargés d’appliquer, mais également les règles plus générales et les principes qui gouvernent leur ordre juridique, de sorte que même dans le cas de marges de manœuvre prévues par les textes, leur travail, pour ne pas dire leur mission, consiste à découvrir quelle est la seule véritable « bonne » décision.

La seconde thèse, celle de la détermination (ou de l’indétermination) relative, est beaucoup plus nuancée. Selon les tenants de celle-ci, les autorités d’application du droit disposent toujours d’une marge de manœuvre dans l’exercice de leur fonction, et cette marge n’existe pas seulement lorsque les normes supérieures la prévoient. En effet, le langage par lequel s’exprime le droit est toujours relativement indéterminé, si bien que les juges par exemple disposent toujours de marges d’appréciation. En vertu de cette thèse, il est parfaitement possible qu’au sein d’un ordre juridique donné, une même situation donne lieu à deux réponses contradictoires également valables : un acte administratif peut être annulé ou sa validité confirmée, un conducteur automobile condamné à payer ou non une amende, etc. Là réside l’indétermination. Mais selon cette même thèse, toute solution n’est pour autant pas toujours acceptable. S’il y a bien une marge de manœuvre pour les autorités d’application du droit, elle n’est pas infinie. De sorte que certaines solutions sont, selon cette thèse, objectivement inacceptables d’un point de vue juridique. Pour prendre un exemple célèbre (sur lequel nous aurons l’occasion de revenir), si un texte juridique dispose que « tous les véhicules sont interdits dans le parc », il peut certes y avoir un doute sur la question de savoir si les vélos ou les trottinettes y sont autorisés, mais il est absolument certain que ce texte prohibe l’entrée d’un semi-remorque (qui est indubitablement un véhicule), et ne prohibe pas les barbes-à-papa (qui ne sont en aucune manière des véhicules).

Enfin, la dernière thèse, celle de l’indétermination absolue, affirme au contraire qu’il n’existe pas d’application objectivement incorrecte du droit. Elle repose en effet sur l’idée qu’il n’y a pas de droit en dehors de ce que les autorités d’application du droit énoncent comme étant du droit. Autrement dit, le droit ne se niche pas dans les textes, mais dans les interprétations des textes rendues par ces autorités. Cette thèse est celle dite du réalisme juridique, selon lequel, pour reprendre la formule rituelle, le droit est ce que les juges disent qu’il est. Les textes sont donc susceptibles d’une infinie variété d’interprétations et le droit se réduisant à ces dernières, il n’y a jamais de « bonnes » ni de « mauvaises » interprétations. Il n’y a d’opposition qu’entre les interprétations rendues par les autorités compétentes (qui emportent des effets juridiques) et les autres (celles imaginées par les avocats, par la doctrine ou les citoyens en général – qui n’emportent aucun effet juridique).

Il va sans dire que cette présentation est une simplification à l'extrême des positions que les théoriciens du droit peuvent adopter sur cette question de l'indétermination du droit : entre ceux qui défendent l'idée qu'à chaque cas correspond une et une seule solution (même lorsque les textes semblent laisser une marge de manœuvre aux autorités d'application) et ceux qui estiment au contraire que pour chaque cas n'importe quelle solution est toujours possible, les positions intermédiaires (beaucoup plus fréquentes) sont évidemment nombreuses et variées.

On ne peut manquer de s'étonner d'une telle variété de réponses, en ce qui concerne un sujet aussi essentiel que celui de la marge de manœuvre dont disposent les autorités chargées d'adopter les décisions particulières sur le fondement de règles générales. D'où peut provenir une telle divergence de vues entre théoriciens du droit ?

Une hypothèse qui pourrait paraître séduisante à première vue (lorsque l'on considère l'abondante littérature théorique sur la question) consiste à y voir un effet d'une différence de conception du langage. De fait, de nombreux auteurs invoquent à l'appui de leur thèse l'argument de la plus ou moins grande détermination du langage humain.

Les auteurs qui souhaitent prouver que le droit est tout à fait (ou presque entièrement) déterminé s'efforcent parfois de démontrer que le langage l'est également – ou du moins davantage que ce que les apparences pourraient laisser penser ; ceux qui cherchent à établir que le droit est seulement *relativement* (in)déterminé, entreprennent de montrer que le langage présente le même caractère ; tandis qu'il n'est pas rare de voir les auteurs voulant apporter la preuve que le droit est *absolument* indéterminé, tenter de faire la démonstration de l'indétermination absolue du langage humain.

La fréquence du recours à de tels arguments n'est guère surprenante, eu égard aux liens qu'entretiennent droit et langage. Quelle que soit en effet l'ontologie du droit que l'on adopte, la façon dont on le définit ou la méthode que l'on souhaite adopter pour l'appréhender, le droit se présente à nous, observateurs du droit, essentiellement sous la forme d'un langage, d'un discours, d'un ensemble d'énoncés. Ce que nous pouvons observer, lorsque nous souhaitons étudier le droit, c'est du langage⁴. Cela tient au fait que les autorités qui produisent du droit cherchent à guider, orienter le comportement d'autrui (des simples citoyens ou d'autres autorités productrices de droit) par le biais du langage. Qu'il s'agisse de lois, de traités, de contrats ou de jugements, les commandements du droit sont exprimés sous forme linguistique. Les quelques exceptions auxquelles on peut penser spontanément (la coutume, le panneau de signalisation, le geste du policier) sont en réalité liées, d'une manière ou d'une autre, à des textes. C'est pourquoi l'idée que le degré d'indétermination du droit est indexé au degré d'indétermination du langage est si répandue. Elle est pourtant éminemment contestable.

⁴ Il est difficile d'échapper à cette évidence, et ceux qui s'y efforcent – en insistant sur ce qui se cache derrière le langage : les rapports de force sociaux, la psychologie, l'économie – semblent pour cette raison manquer quelque chose, ne pas parvenir à saisir le droit – mais seulement autre chose.

Pour le comprendre, il convient avant tout autre chose de s'interroger sur la nature même de la controverse des trois grandes thèses présentées plus haut. De nombreuses méprises résultent en effet d'un malentendu sur le type de discussion dont il s'agit. L'essentiel des développements qui vont suivre sera donc consacré à élucider ce point. Je commencerai par montrer que, contrairement à ce que l'on pourrait être porté à croire de manière relativement intuitive, le débat sur l'indétermination du droit n'est pas une querelle « scientifique » (c'est-à-dire portant sur la description des phénomènes observés) (1). Il ne s'agit pas non plus d'une controverse philosophique, qui opposerait les tenants de conceptions différentes du langage humain (2). Cette controverse doit au contraire être envisagée comme portant sur une question méthodologique – concernant la façon dont le droit peut ou doit être approché, en tant qu'objet d'étude. Dans cette perspective (mais dans cette perspective seulement), je défendrai la position réaliste – celle de l'indétermination absolue du droit (3).

1. NI QUERELLE SCIENTIFIQUE (RELATIVE À L'OBSERVATION DU DROIT)

Le désaccord des trois positions énoncées correspond-il véritablement à une controverse scientifique – au sens d'un désaccord sur la description du droit ? Je ne le crois pas. D'abord, parce qu'il n'est pas certain que ces trois thèses soient toutes conçues comme des tentatives de description du droit tel qu'il est (1.1). Ensuite, parce que même si on ne les envisage que comme des thèses descriptives, il est probable que la controverse entre elles ne puisse pas être tranchée par l'observation du droit – comme c'est normalement le cas pour une controverse scientifique, même si chaque camp s'efforce de mobiliser un certain nombre d'exemples pour démontrer sa supériorité (1.2).

1.1 Description contre prescription

Pour que la question de l'indétermination du droit puisse être considérée comme une querelle scientifique, encore faut-il que les différentes positions théoriques (détermination absolue, détermination relative et indétermination absolue) aient une prétention scientifique – c'est-à-dire qu'elles proposent toutes une *description* du droit tel qu'il est, et ne cherchent ni à l'évaluer, ni à dire ce qu'il *devrait* être.

Or, il semble bien que l'une des thèses en présence, au moins, se caractérise nécessairement par sa prétention normative : il est en effet difficile d'affirmer que le droit serait absolument déterminé, sans adopter une approche éminemment prescriptive du droit. L'expérience concrète du phénomène juridique laisse en effet voir combien les solutions sont toujours discutées, controversées, réversibles – et donc incertaines. Affirmer qu'une et une seule solution est toujours (ou même le plus souvent) disponible est une position qui s'appuie nécessairement sur des présupposés idéologiques plus ou

moins explicités⁵. Hans Kelsen avait déjà noté, de façon définitive, que « le juriste qui [...] distingue l'une des interprétations possibles comme la seule "exacte" ne (remplit) pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique⁶ ».

La thèse de la détermination absolue du droit est donc prescriptive et ce, aussi bien dans sa version étroitement formaliste et centrée sur la loi, que dans la version casuistique centrée sur la figure du juge que propose Ronald Dworkin. Dans la première, le juge procède par syllogisme et s'efface derrière la loi qu'il applique mécaniquement, par la voie du syllogisme. Dans la seconde, le juge au contraire doit solliciter l'ensemble des précédents et des principes constitutionnels pour trouver la « bonne » solution au cas qui lui est soumis. Dans les deux hypothèses, c'est une certaine conception du droit qui est promue : il s'agit de servir soit la démocratie (lorsque l'on prétend que le juge ne saurait être que le relais de la volonté parlementaire), soit la justice (lorsqu'il lui est enjoint de donner une lecture morale de la constitution).

Si donc l'on s'en tient aux thèses qui prétendent décrire et seulement décrire le droit, c'est-à-dire qui s'inscrivent dans un projet de type scientifique pour rendre compte de cet objet particulier, alors seules deux positions doivent être retenues : celles de la détermination relative et celle de l'indétermination absolue du droit.

Parmi les tenants de la première thèse, on peut compter aussi bien Herbert L.A. Hart que Hans Kelsen – même si chacun donne une version de la « détermination relative » qui lui est propre. En s'appuyant sur une distinction proposée par Riccardo Guastini (dans un tout autre contexte)⁷, on peut considérer que leurs thèses se présentent respectivement comme une théorie de l'interprétation axée sur les faits (*fact-oriented interpretation*) – pour Hart – et comme une théorie de l'interprétation axée sur les textes (*text-oriented interpretation*) – pour Kelsen.

Rappelons pour mémoire que, selon Hart, il convient de distinguer les cas faciles des cas difficiles (*easy cases* et *hard cases*). En réponse aux réalistes américains, pour qui les juges créent le droit et ne sont, en conséquence, jamais liés par le droit (c'est-à-dire par les règles générales), Hart veut montrer que la liberté des juges n'est pas absolue, et dépend des cas qui se présentent à eux. À travers notamment le fameux exemple de la règle de

⁵ L'une des difficultés réside précisément dans le fait que ces thèses ne s'affichent pas comme prescriptives, et prétendent dire ce qu'est la véritable « nature » du droit – pour des raisons évidemment rhétoriques.

⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 463

⁷ R. GUASTINI, « A Sceptical View on Legal Interpretation », *Analisi e diritto*, 2005, p. 142. Dans cet article, R. Guastini distingue deux sortes d'interprétation (et non, comme nous le proposons ici, deux théories de l'interprétation). L'interprétation axée sur les textes (*in abstracto*) « ressemble à une traduction », puisqu'elle consiste à « donner du texte interprété une nouvelle formulation », à traduire le langage du législateur dans le langage de l'interprète. L'interprétation axée sur les faits (*in concreto*) consiste au contraire à « subsumer un cas individuel sous une règle », c'est-à-dire à décider si un cas individuel tombe dans le champ d'application d'une règle (s'il appartient à la classe des cas qu'elle entend régir).

l’interdiction des véhicules dans le parc, il explique que s’il peut y avoir un doute sur la question de savoir si une trottinette est ou non un véhicule en vertu de la règle, il n’y en a guère sur la question de savoir si un camion en est un ou non⁸. Pour Hart, il existe donc un noyau de sens établi (*a core of meaning*) et une zone de pénombre (*an area of penumbra*). C’est donc bien l’idée d’une détermination relative du droit qui transparaît chez Hart : il y a détermination parce que dans le cas de la voiture, du camion ou du bus, il est clair que la règle lui est applicable (que le parc est interdit à ces véhicules), et elle est seulement relative, parce que dans le cas de la trottinette, du vélo ou des patins à roulettes, la question de savoir si la règle s’applique est douteuse.

Si Hart le *common lawyer* part des cas, Kelsen le continental envisage quant à lui le problème à partir des règles. Selon lui, si l’acte d’interprétation du droit par une autorité d’application du droit (quelle qu’elle soit) est la manifestation d’une fonction de la volonté et non de la connaissance, car « la norme de degré supérieur ne peut pas lier l’acte qui l’appliquera sous tous les rapports », de sorte qu’« il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire⁹ ». D’où la célèbre distinction proposée par Kelsen, entre l’interprétation authentique et l’interprétation scientifique : il reconnaît que l’interprète authentique (qui confère à un énoncé normatif sa signification juridique) choisit la norme à appliquer plutôt qu’il ne la découvre – puisqu’il y a toujours plusieurs solutions disponibles ; mais il estime d’un autre côté qu’une interprétation scientifique de l’énoncé normatif est possible, au sens de la « détermination par voie de connaissance du sens de l’objet à interpréter », et cette opération consiste (et ne saurait consister que) dans « la détermination du cadre que le droit à interpréter représente et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l’intérieur de ce cadre¹⁰ ». À la science juridique la détermination du cadre des significations possibles des règles juridiques, aux autorités d’application du droit le choix entre ces différentes significations¹¹.

Ce n’est pas le lieu de discuter des ressemblances et des dissemblances des théories de l’interprétation de ces deux auteurs quant à la question de l’interprétation¹². Notons simplement qu’ils présentent une théorie de la dé-

⁸ Hart s’intéresse donc bien à la question de savoir si un cas individuel tombe dans le champ d’application de la règle – ce que R. Guastini appelle une interprétation axée sur les faits.

⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 454.

¹⁰ *Ibid.*, p. 457.

¹¹ Kelsen formule donc bien une théorie axée sur les textes : il s’interroge sur l’opération de « traduction » (pour reprendre les mots de R. Guastini) du langage du législateur dans le langage de l’interprète.

¹² Notons simplement que la thèse de Hart, en tant qu’elle concerne l’interprétation axée sur les faits (« *fact-oriented interpretation* »), a tendance à négliger le fait que pour pouvoir savoir si le cas est « clair », qu’il entre dans le champ d’application de la règle, il faut interpréter le texte comme comportant un champ d’application donné (l’expression « les véhicules » se voit implicitement attribuer une signification donnée). C’est le reproche que lui adresse Riccardo Guastini dans son article (« *A Sceptical View on Legal Interpretation* », art. cité, p. 143). Toutefois, un reproche symétrique pourrait être adressé à la thèse kelséenne.

termination relative du droit, en adoptant un point de vue strictement descriptif – et que leurs thèses respectives ont fait école, jusqu'à aujourd'hui. Elles s'opposent ainsi (ensemble, et avec la théorie de l'indétermination absolue) à l'idée qu'il y aurait toujours une seule réponse aux questions juridiques (c'est pourquoi elles estiment que le droit est seulement *relativement* déterminé). Il reste que toutes les deux prétendent qu'une interprétation donnée peut être considérée comme objectivement « conforme au droit en vigueur », tandis qu'une autre ne le serait pas.

C'est en cela qu'elles s'opposent conjointement à la théorie de l'indétermination absolue du droit, pour laquelle une telle affirmation n'est tout simplement pas possible, dès lors que l'on s'en tient à un point de vue strictement descriptif. Ceux qui défendent cette dernière thèse s'inscrivent dans tradition du réalisme juridique que ce soit dans sa version américaine, scandinave, génoise ou nanterroise. Il ne saurait être question ici de relever les nuances (parfois notables) qui séparent ces différentes versions et il faut se contenter de rappeler qu'elles reposent toutes sur l'idée inverse de celle exposée plus haut : dans une situation donnée, les autorités d'application du droit disposent d'une latitude *absolue* dans le choix de la solution juridique qu'elles vont adopter, grâce à l'interprétation qu'elles donnent des matériaux juridiques à leur disposition. Cette interprétation est entièrement libre, car les normes juridiques ne sont pas contenues dans les textes : ce sont les interprètes qui les créent en assignant à ces textes une signification donnée, qu'ils sont parfaitement libres de choisir. Aussi ne peuvent-ils être soumis à des normes qu'ils créent eux-mêmes.

Demeure la question de savoir comment départager ces deux grandes thèses. Tout porte à croire qu'une telle controverse devrait pouvoir être vidée (en tant que controverse scientifique) par la confrontation de différentes observations de son objet – le droit. De fait, les auteurs mobilisent souvent des exemples, réels ou imaginaires, pour s'efforcer de démontrer la validité de leurs thèses respectives.

1.2. Exemples contre exemples

On peut être frappé par la place prise par les exemples dans cette controverse. Les auteurs de chaque « camp » mobilisent leur lot de « cas » supposés démontrer, ou du moins étayer, leurs thèses respectives.

Les exemples utilisés sont assez souvent imaginaires. Ils présentent des cas stylisés, supposés rendre plus convaincante la thèse défendue. À cet égard, l'exemple de Hart sur la règle interdisant « les véhicules » dans le parc fait figure de véritable classique. Elle illustre l'idée défendue par les tenants d'une détermination relative du droit, selon laquelle le mot « véhicule » exprimé dans la règle permet de distinguer les cas d'application « claire », dits « faciles » (une automobile, par exemple) des cas dits « diffi-

nienne du « cadre de significations » : en tant qu'elle est axée sur l'interprétation des textes (« *text-oriented interpretation* »), elle néglige le fait que dans chaque cas concret qui lui est soumis, le juge doit, avant d'attribuer une signification au texte applicable, déterminer précisément quel est le texte « applicable » à ce cas. Nous revenons sur ce problème dans le 3^e §.

ciles », qui concernent des événements qui se situent dans la fameuse « zone de pénombre » (les bicyclettes ou les rollers, par exemple).

Mais les réalistes ne sont pas en reste d'exemples fictifs. On pense notamment au cas *Regina v. Ojibway* (imaginé par deux étudiants de l'Université de Toronto, semble-t-il), très connu des étudiants anglo-saxons, et qui illustre la liberté de la qualification juridique et de l'interprétation des textes par le juge. Par cet arrêt fictif, un Indien était condamné pour avoir abattu son poney à la patte cassée dans le Queen's Park, en Ontario, sur le fondement d'une Loi interdisant de tuer les petits oiseaux (le *Small Birds Act*). Le juge estimait en effet que la définition des « oiseaux » donnée par la loi (« un animal à deux pattes recouvert de plumes ») devait conduire à qualifier le poney d'oiseau – et à condamner l'Indien. En effet, le poney était bien doté de deux pattes, puisqu'en ayant quatre, il en avait au moins deux ; et comme son maître avait utilisé un oreiller de plumes en guise de selle, on pouvait sans aucun doute affirmer que le poney était bien couvert de plumes (« *covered with feathers* »). À l'objection selon laquelle le poney n'était, d'après un expert mandaté par la défense, pas un oiseau, le juge répondait que la question n'était pas de savoir si le poney était *réellement* un oiseau, mais s'il était un oiseau « au sens de la loi ». Les autres arguments étaient à l'avenant : à la question perfide de la défense, de savoir si le juge aurait continué d'estimer que le poney était un oiseau si l'Indien lui avait retiré l'oreiller de plumes avant de l'abattre, le juge répondait par une question tout aussi perfide : « un oiseau cesse-t-il d'être un oiseau pour la simple raison qu'il a perdu ses plumes ? ».

Bien sûr, les exemples tirés de décisions réelles sont également mobilisés, pour étayer l'une ou l'autre thèse. Les partisans de la thèse de la détermination relative relèvent ainsi des exemples de règles qui illustrent de façon particulièrement éloquente la part d'indétermination et la part de détermination des normes. Timothy Endicott utilise ainsi le cas¹³ de la disposition d'une réglementation (réelle cette fois) de l'Ontario (encore une fois) selon laquelle, dans une région donnée, « personne ne doit prendre ou posséder une grenouille-taureau [...] à moins que le tibia de celle-ci ne soit supérieur ou égal à 5 cm¹⁴ ». L'indétermination existe bien évidemment, reconnaît l'auteur : par exemple, la question de savoir si une « personne » inclut ou non le cas d'une entreprise ; ou la question de savoir si une grenouille-taureau dont l'un des tibias est supérieur à 5 cm et l'autre inférieur à 5 cm est ou non soumise à l'interdiction formulée par la règle... Mais il insiste aussi sur le fait que si un enfant désigne un hamster comme étant un crapaud, on ne se dit pas seulement qu'il s'agit d'un usage original du mot, mais qu'il a tort – et on le corrige¹⁵. On pourrait d'ailleurs en dire de même

¹³ T. ENDICOTT, « Linguistic Indeterminacy », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, Winter 1996, Issue 4, p. 667.

¹⁴ « *No person shall take or possess, in the County of Lanark or the Regional Municipality of Ottawa-Carleton, any bullfrog unless the tibia thereof is five centimeters or more in length* » (Regulation under the Ontario Game and Fish Act, 0 Reg 694/81).

¹⁵ T. ENDICOTT, « Linguistic Indeterminacy », art. cité, p. 690. Il s'agit là d'un exemple prenant l'exact contre-pied du cas fictif du poney : de la même façon, il serait possible, si l'on suit T. Endicott, de corriger le juge qui condamne l'Indien, en lui opposant que, de fait, le poney n'est pas un oiseau.

pour la taille du tibia : s'il y a des cas « limites », il existe aussi des cas « clairs » : une grenouille-taureau dont les deux tibias mesurent 2 cm tombera sous le coup de l'interdiction, sans qu'il y ait le moindre doute.

On peut d'ailleurs noter que parmi les exemples les plus communément opposés aux réalistes, on trouve beaucoup de références à des chiffres : des délais, des limitations de vitesse, ou des longueurs de tibias. Cela tient sans doute au fait que le langage des mathématiques est un langage formalisé, c'est-à-dire un langage dans lequel à un signe correspond une seule signification, de sorte qu'il illustre particulièrement bien l'idée selon laquelle il existerait des cas « clairs » : un automobiliste qui conduit à 130 km/h selon toutes les mesures effectuées sur une route sur laquelle la limite de vitesse est fixée à 50 km/h tombe sous le coup de ladite interdiction. Ni les automobilistes, ni les observateurs ne peuvent contester cela.

Du côté réaliste, on relève au contraire des exemples réels dans lesquels les autorités d'application du droit ont donné une interprétation particulièrement contre-intuitive des textes juridiques : pour en rester à la France, on peut bien sûr citer le fameux arrêt *Dame Lamotte*¹⁶, ou l'usage de l'article 11 de la Constitution par le Général de Gaulle en 1962 pour réviser la Constitution¹⁷. On cite aussi parfois l'exemple, relevé par Chaïm Perelman, de ces tribunaux anglais qui refusaient de condamner à mort les auteurs de vols excédant 40 shillings, comme la loi le leur imposait pourtant, en estimant que tous les vols dont ils étaient saisis avaient concerné une somme inférieure à 40 shillings, même lorsque ce n'était pas le cas¹⁸. Ces exemples illustrent le fait que le droit fait parfois l'objet d'applications pour le moins inattendues, selon le sens commun – et même selon le sens commun des juristes : qu'un recours puisse être admis alors qu'il est explicitement exclu par un texte législatif, un portefeuille contenant 50 shillings considéré comme n'en valant que 30, un conducteur innocenté alors qu'il dépassait « clairement » la limite autorisée, un « chasseur » de hamster condamné parce qu'un juge a considéré qu'il s'agissait en fait d'un crapaud-taureau « au sens de la loi ».

Ces exemples existent bien sûr. Mais il est tout aussi évident qu'aucun d'entre eux ne permettra jamais de trancher la controverse qui nous occupe. Tous les juristes du monde sont confrontés à des décisions juridictionnelles

¹⁶ CE 17 février 1959, *Min. de l'Agriculture c. Dame Lamotte* (Rec. Lebon, p. 110), par lequel le Conseil d'État s'estime compétent pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif, alors même qu'une loi du 23 mai 1943 disposait que ce type d'actes ne pouvait « faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ».

¹⁷ Alors que l'art. 89 de la Constitution de 1958, qui prévoit une procédure plus complexe que l'art. 11, est la seule disposition qui figure au titre XVI, intitulé : « De la Révision ».

¹⁸ Voici le compte-rendu qu'en fait Chaïm Perelman : « Le droit anglais de la fin du XVIII^e siècle connaissait un crime qualifié de *grand larceny*, un méfait important et qui était punissable de la peine de mort. Or dans l'énumération de ce qui constituait un *grand larceny* figurait tout vol d'une valeur de 40 schillings ou plus. Très vite, les juges anglais se sont révoltés contre cette prescription ; et régulièrement peut-être pendant vingt ans, chaque fois qu'il y avait un vol important, ils l'estimaient à 39 shillings. Un jour, en 1808, un vol de 10 livres, c'est-à-dire 200 schillings a été estimé de 39 shillings » (Ch. PERELMAN, « Droit, logique et argumentation » [1968], in *Éthique et droit*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 627).

(ou autres) qui s'écartent – parfois très franchement – du sens attendu de la règle censée être appliquée. Personne ne le nie. Ce qui change, en revanche, c'est la manière dont ces exemples sont analysés.

Tandis que les réalistes y voient la confirmation du caractère parfaitement indéterminé du droit, les partisans de la thèse de la « détermination relative » estiment que les interprétations contre-intuitives constituent en réalité de fausses interprétations, non conformes aux règles qu'elles prétendent appliquer.

Le problème, qui reste entier, consiste donc à savoir ce que l'on fait de ces cas, si l'on souhaite (encore une fois) en rester à une perspective strictement descriptive : peut-on dire qu'elles sont objectivement fautives (comme le prétend la thèse de la détermination relative), ou non (comme le prétend la thèse de l'indétermination absolue) ?

La querelle semble alors pouvoir être réglée par le recours à la philosophie du langage – puisque la question de la plus ou moins grande détermination des règles paraît devoir être indexée à la plus ou moins grande détermination du langage par lequel elles sont exprimées. Comme on va le voir, il n'en est rien.

2. NI CONTROVERSE PHILOSOPHIQUE (SUR LE LANGAGE)

Si le droit s'exprime à travers le langage, on peut estimer qu'il sera aussi indéterminé que le langage lui-même. C'est sans doute la raison pour laquelle les arguments tirés de la philosophie du langage sont si fréquents¹⁹ dans le cadre de cette controverse sur l'indétermination du droit.

Il faut reconnaître qu'ils sont parfois un peu décevants²⁰, en particulier lorsqu'ils font figure d'arguments d'autorité. Les auteurs s'appuient sur des philosophes du langage pour convaincre de la supériorité de leur thèse, mais surtout avec l'espoir de bénéficier de l'aura de l'auteur pris comme référence. Il n'est sans doute pas anodin, à cet égard, de voir Wittgenstein brandi comme un étandard par chaque camp ; et il est significatif de voir le second Wittgenstein très souvent invoqué contre le premier (comme s'il avait atteint un degré supérieur de sa réflexion) ou l'interprétation de Wittgenstein par Saul Kripke rejetée comme erronée (comme si l'erreur d'interprétation de Wittgenstein valait erreur de compréhension du langage lui-même²¹).

Néanmoins, à bien examiner les arguments de fond avancés dans un sens et dans l'autre, il semble que la thèse de la détermination relative du

¹⁹ B. BIX, « Legal Interpretation and the Philosophy of Language », in P.M. LIESMA & L.M. SOLAN (dir.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, Oxford UP, 2012, p. 145-155.

²⁰ B. BIX est également sceptique sur l'apport de la philosophie du langage à cette controverse, mais pour des raisons sensiblement différentes de celles que je vais exposer.

²¹ Ce point est relevé par B. BIX, « Legal Interpretation and the Philosophy of Language », art. cité, p. 147.

langage doive l'emporter. Les arguments en ce sens me paraissent en définitive plus convaincants que les autres, à tous égards. Toutefois, je voudrais montrer que la thèse de l'indétermination absolue du droit n'a pas besoin d'affirmer que le langage est lui-même absolument indéterminé. De sorte que la thèse de la détermination relative du langage est certes supérieure (1), mais insuffisante (2).

2.1. La supériorité de la thèse de la détermination relative du langage

Il est évidemment difficile d'affirmer aussi brutalement qu'une approche philosophique est supérieure à une autre – quel que soit le domaine concerné. Si l'on se permet ici une telle affirmation, c'est parce qu'il apparaît, à l'analyse, qu'aucun auteur ne défend réellement la thèse inverse – celle de l'absolue indétermination du langage²². Ce n'est ni le cas des philosophes du langage en général (personne, même parmi les plus radicaux des déconstructivistes ou des contextualistes, ne nie l'existence d'accords partiels ou temporaires sur la signification des énoncés), ni le cas des théoriciens du droit qui cherchent à étayer leur affirmation de l'absolue indétermination du droit.

Du reste, a-t-on fait valoir avec quelque raison, si les énoncés normatifs pouvaient toujours recevoir n'importe quelle signification, la science du droit serait dans l'incapacité de produire une quelconque connaissance du droit. En effet, les autorités d'interprétation authentique (qui, d'après les réalistes, produisent le droit) ne peuvent donner leur interprétation des textes qu'elles appliquent que grâce à de nouveaux énoncés. En conséquence, si l'on maintient que de tels énoncés sont également tout à fait indéterminés, non seulement les autorités chargées d'appliquer ces interprétations seraient bien en peine de leur obéir (de sorte que les interprètes authentiques ne produiraient pas plus le droit que le législateur)²³, mais la science du droit serait

²² C'est pourquoi T. Endicott, après avoir défini la thèse de l'indétermination juridique comme équivalente à la thèse de l'indétermination du langage, est conduit à affirmer que personne ne défend en réalité une telle thèse. C'est ce qui apparaît clairement dans les propos qui suivent : « *It will be obvious that I basically agree with Hart's view that the application of linguistic expressions is sometimes determinate and sometimes indeterminate. But my aim is not to argue that Hart is right and radical indeterminacy theorists are wrong; it is to argue that there are no radical indeterminacy theorists, and that everyone basically agrees with Hart's view. So the purpose of the survey is to point out features of some prominent indeterminacy theories which support the interesting claim that, in spite of appearances, no one actually maintains a radical indeterminacy thesis* » (T. ENDICOTT, « Linguistic Indeterminacy », art. cité, p. 670).

²³ Cet argument a notamment été avancé par E. BULYGIN, « True and False Statements in Normative Discourse », in R. EGIDI (dir.), *In Search of New Humanism*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 183-191. On peut trouver un résumé très clair de sa réfutation, par l'auteur lui-même, dans son article « Objectivity of Law in the View of Legal Positivism », art. cité, p. 226 : « *The thesis is that all norm formulations cannot be ambiguous, for in that case there would be no norms at all. The proof of this thesis is a kind of reductio ad absurdum. Let us assume that all norm formulations are always ambiguous. Suppose the interpreter is confronted with a norm formulation p1; according to the hypothesis p1 is ambiguous, i.e. it has several meanings and so it expresses several possible norms. After careful examination and evaluation of the different alternatives, the interpreter decides to pick out one of them. But as there is no access to meanings other than through language, he must produce a new norm formulation that purports to depict the*

quant à elle incapable de décrire la signification attribuée à l'énoncé législatif par l'interprète authentique, *via* l'énoncé interprétatif. Admettre la thèse de l'indétermination absolue du langage conduit donc à reconnaître qu'aucune connaissance du droit n'est possible, puisque l'observateur du droit est alors dans l'incapacité de décrire quoi que ce soit : ni les énoncés légitatifs, ni les énoncés interprétatifs produits par les interprètes authentiques²⁴.

C'est la raison pour laquelle cette thèse n'est en réalité pas défendue par les tenants de la thèse de l'indétermination absolue du droit. Si l'on a pu être porté à croire le contraire, c'est sans doute que les efforts fournis par les réalistes pour lutter contre les théories formalistes (selon lesquelles les énoncés juridiques comporteraient presque toujours une et une seule signification, et seraient donc porteurs d'une seule norme) ou contre les théories de la détermination relative (selon lesquelles les énoncés juridiques ne peuvent pas se voir attribuer n'importe quelle signification) ont pu conduire certains d'entre eux à exagérer la portée de l'argument tiré de l'indétermination du langage²⁵.

Mais il est tout à fait évident que la thèse de l'indétermination absolue du droit n'a pas besoin d'adopter la thèse de l'indétermination absolue du langage et que, symétriquement, la thèse de la détermination relative du langage ne prouve pas la validité de la thèse de la détermination relative du droit. En effet, la thèse de l'indétermination absolue du droit est parfaitement compatible avec une indétermination seulement relative du langage.

meaning (i.e. the norm) he has chosen. Let us call it p2. But according to our hypothesis, p2 is also ambiguous and therefore has several meanings. So the interpreter must choose one of them and this can only be made by means of a third norm formulation, which will also be ambiguous, and so on ad infinitum. Thus, if there are no univocal norm formulations, all we will have is a plurality of possible norms, but we will never be in presence of a definite norm ».

²⁴ C'est ce qui conduisait Otto Pfersmann à considérer que la théorie réaliste de l'interprétation (et il visait par cette expression le seul Michel Troper, en réalité) était une théorie « sans objet » (O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Tropé », *Revue française de droit constitutionnel*, 52, 2002, p. 759-788). Il écrit ainsi : « La TRI (théorie réaliste de l'interprétation) est alors confrontée à un dilemme principal [...] : analyser des énoncés, qu'ils soient prescriptifs ou descriptifs, presuppose qu'ils aient une signification et qu'il soit possible de la connaître, mais admettre qu'il y ait une signification serait reconnaître la possibilité d'une interprétation qui ne soit ni authentique ni dogmatique ni phénoménaliste, or cela impliquerait une contradiction avec la thèse selon laquelle il n'y a pas de signification, mais seulement la “détermination de la signification” » (*ibid.*, p. 760).

²⁵ Certaines formulations un peu rapides ont en outre créé quelques malentendus. On pense par exemple à celle de Michel Troper, selon laquelle les énoncés n'ont « pas de signification » avant d'avoir été interprétés. Selon lui, c'est en effet l'opération d'interprétation qui génère la signification attribuée au texte. Cette formule, maintes fois répétée, a souvent été mal comprise. L'idée n'est pas que l'énoncé serait dépourvu de toute signification au sens qu'il serait incompréhensible, mais seulement que la signification juridique de l'énoncé n'existe pas avant qu'un interprète authentique ne lui ait attribué celle-ci. Autrement dit, c'est de la « signification juridique » dont il s'agit, et non la signification au sens commun du terme. Les tenants de l'indétermination relative du droit estiment qu'il s'agit de la même chose – car les significations juridiques ne pourraient être que celles que le langage accepte. Or, c'est cette idée même que l'on peut contester, du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation.

2.2. L'insuffisance de la thèse de la détermination relative du langage

Certes l'indétermination du langage est un élément important de la théorie réaliste. Il faut insister sur le fait que les autorités d'application du droit sont confrontées non à une succession d'expressions ou de concepts plus ou moins prédefinis (vol, mariage, service public...), mais à des énoncés complexes et articulés, mêlant langage commun et langage juridique, de sorte que l'opération d'interprétation ne consiste pas seulement à fixer les significations successives des expressions qu'ils comprennent, mais la façon dont elles sont agencées les unes aux autres. Ne s'agirait-il que de cela, la marge de manœuvre de ces autorités ne serait sans doute pas infinie. Mais ce n'est pas le cas.

La raison principale en est que les énoncés normatifs ne constituent pas un « donné » pour les autorités d'application du droit. Les tenants de la thèse de la détermination relative du droit raisonnent le plus souvent comme si tel était le cas – d'une façon stylisée, en quelque sorte : étant donné tel énoncé normatif (« les véhicules sont interdits dans le parc »), quelles sont les différentes significations que l'on peut lui attribuer ? Or, dans la réalité, les choses se passent fort différemment : les textes ne sont jamais isolés ni imposés à l'autorité saisie, et le « droit applicable » à une situation est dès lors toujours une construction de sa part. Cela se manifeste de plusieurs façons, qui toutes ouvrent de nouvelles marges de manœuvre aux autorités pour décider dans le sens qui leur convient.

Premièrement, une autorité doit d'abord déterminer les normes qui l'habitent à agir – en interprétant les dispositions qu'elle estime pertinentes. Il faut bien percevoir ce que cette opération peut ouvrir comme perspectives à une autorité. Elle peut déclarer la demande irrecevable ou se déclarer incomptente (ce qui peut avoir pour effet de mettre définitivement fin à un litige qu'elle préfère ne pas trancher). On peut en prendre pour exemple la décision du Conseil constitutionnel de 1962, par laquelle a été indirectement validé le recours à l'article 11 pour la révision de la Constitution. La déclaration d'incompétence du Conseil pour connaître des lois référendaires a emporté des conséquences strictement identiques (à court terme) qu'une décision de conformité – mais elle a permis aux membres du Conseil de garder une certaine distance avec la manœuvre initiée par De Gaulle.

Deuxièmement, une autorité doit déterminer quels sont les textes applicables au cas qui lui est soumis. Cette opération est bien un choix, entièrement à la discrétion de l'autorité. Cela passe évidemment avant tout par la qualification juridique des faits, laquelle fait une large place au raisonnement par analogie – dont on connaît la souplesse. Mais il convient de remarquer que rien n'interdit d'estimer que plusieurs textes sont pertinents en l'espèce ; et ce seront alors non pas un mais plusieurs ensembles d'énoncés qu'il faudra interpréter. Plus encore, lorsque tel est le cas, c'est l'*articulation* de ces énoncés à laquelle il s'agit d'attribuer une signification : les textes se complètent-ils ? l'un constitue-t-il le fondement de l'autre ? ou bien se contredisent-ils ? l'un prévoit-il une exception à la règle énoncée par l'autre ? l'un remplace-t-il l'autre ? une lacune apparaît-elle, qui devrait être comblée ? etc. Ces articulations renvoient en réalité à une autre manifestation de la liberté des autorités d'interprétation.

Troisièmement, en effet, ces autorités doivent déterminer le statut des textes qu'elles appliquent. Elles doivent décider qu'il s'agit bien d'un énoncé juridique – c'est-à-dire appartenant à l'ordre juridique concerné – et lui attribuer une place dans la hiérarchie normative. Cette opération, en dépit des apparences, est également libre et peut se révéler décisive sur le sens de la norme produite par l'autorité d'application du droit²⁶. De cette décision dépend notamment la question de savoir comment doivent être articulées les normes que des textes différents peuvent porter. Les principes de la *lex superior*, de la *lex posterior* ou de la *lex specialis* pourront être mobilisés, selon le choix opéré, pour résoudre une éventuelle antinomie (résultant de l'interprétation donnée des différents textes). Mais l'autorité peut également, en particulier lorsqu'il s'agit de principes, opérer un balancement entre eux (une opération dont on peine à identifier en quoi elle pourrait être contrainte). Il y a du reste toutes les raisons de trouver dans un ordre juridique un grand nombre d'antinomies : contrairement à une idée répandue, le système juridique n'est ni axiologiquement homogène, ni dépourvu de contradictions, y compris dans les degrés les plus élevés de la hiérarchie des normes. Les textes législatifs, les conventions internationales en vigueur dans l'ordre juridique interne et les textes constitutionnels sont empreints de valeurs diverses et souvent antinomiques. De sorte que c'est par l'interprétation que la « cohérence axiologique » est reconstruite, même si elle reste toujours très imparfaite. Il serait d'ailleurs préférable de parler d'« impression de cohérence » ; et cette impression est produite notamment par le fait que les autorités d'application du droit font en sorte d'interpréter les textes qu'elles sont chargées d'appliquer à la lumière de textes et/ou de principes supérieurs, dont elles s'efforcent en outre de montrer la cohérence supposée – ce qui leur ouvre bien sûr de larges marges de manœuvre, pour justifier les décisions qui leur semblent les plus appropriées. Mais il reste encore une autre manifestation de cette liberté des autorités d'application du droit.

Il convient en effet, en quatrième lieu, de souligner (plus classiquement) que, de façon générale, toute interprétation d'un énoncé donné repose d'abord sur le choix des techniques d'interprétation qui vont être mobilisées. Il a souvent été signalé qu'opter pour une interprétation littérale plutôt que systémique ou téléologique conduit à préférer une interprétation à une autre, et donc à produire une norme plutôt qu'une autre. Or, le choix entre ces techniques d'interprétation est un choix que rien ne constraint. De la même façon, aucun texte juridique n'étant interprété isolément, les autorités d'application d'un tel texte le confrontent nécessairement à des textes ou des principes supérieurs qui lui servent à justifier l'interprétation qu'elles s'apprêtent à en donner, mais qu'il leur faut d'abord interpréter. Plus encore, les autorités d'application du droit font appel à ce que Riccardo Guastini nomme des « doctrines juridiques » (telles que la séparation des pouvoirs, l'État de droit, la sécurité juridique, la démocratie, la dignité de la personne, l'autonomie de la volonté, etc.) qui ne correspondent pas nécessairement à

²⁶ La démonstration en a été faite par V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'arrêt Koné, à la lumière de la théorie des contraintes », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYCK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ, 2005.

des normes juridiques ni même à des principes très définis, mais qui structurent concrètement et justifient les choix interprétatifs opérés par ces autorités. Les significations potentielles de l'énoncé principal sont dès lors démultipliées en raison du choix, par l'interprète, des techniques interprétatives et des principes ou textes fondant l'interprétation de celui-ci.

Bref, la sélection des matériaux à interpréter, la détermination de leur statut, la combinaison privilégiée entre ces différents matériaux, le choix des techniques interprétatives et des doctrines juridiques qui fondent les règles particulières, tout cela s'ajoutant à l'indétermination du langage dans lequel les énoncés sont exprimés, ouvrent une marge de manœuvre potentiellement infinie aux autorités d'application du droit²⁷, de sorte qu'affirmer qu'un cas est « clair » n'est jamais qu'une manière de justifier une certaine interprétation de la règle (usage commun des mots, approbation d'une jurisprudence passée, etc.) : pour l'affirmer, comme cela a été maintes fois expliqué, il faut déjà avoir interprété et la règle, et le cas.

La thèse de l'indétermination absolue du droit signifie très précisément ceci qu'une autorité d'application du droit, saisie d'une question quelconque, est parfaitement libre de prendre la décision qu'elle souhaite, et qu'elle dispose toujours de suffisamment de ressources argumentatives pour produire une justification de cette décision qui soit fondée sur les matériaux juridiques de l'ordre juridique auquel elle appartient. Comme le fait remarquer Mark Tushnet²⁸, une solution juridique considérée comme incontes-

²⁷ Un exemple paradigmatique de cette combinaison de techniques ouvrant la voie à une grande liberté interprétative, peut sans doute être trouvé dans le fameux arrêt *Dehaene* sur le droit de grève dans les services publics (CE 7 juillet 1950 *Dehaene*). Le fonctionnaire de la préfecture d'Indre-et-Loire, qui contestait le blâme que le préfet lui avait infligé (pour avoir participé à une grève interdite par le Ministre de l'Intérieur), invoquait l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Le Conseil d'État admet d'abord la valeur juridique du Préambule (choix de l'énoncé pertinent et détermination de son statut juridique) ; interprète ensuite la disposition pertinente comme invitant « le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte » (on peut estimer qu'il opte-là pour une interprétation téléologique). Il estime ensuite que le législateur n'a pas satisfait à cette invitation, malgré l'existence de lois ponctuelles réglementant le droit de grève – car ces dernières, selon le Conseil d'État, « ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution » (création d'une lacune juridique, qu'il convient de combler) ; invoque le risque de l'abus du droit de grève (l'abus de droit peut être considérée comme une « doctrine juridique », au sens de Guastini) et la nécessité de préserver l'ordre public (qui n'était pourtant pas élevée à l'époque au rang d'objectif de valeur constitutionnelle) pour justifier qu'il appartienne « au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue » des limitations au droit de grève. On voit que le Conseil d'État mobilise dans cet arrêt non pas seulement le texte qu'il estime applicable au droit de grève, mais un ensemble de textes et de principes, de techniques argumentatives et de doctrines, qui lui permet de justifier sa décision.

²⁸ M. TUSHNET, « Defending the Indeterminacy Thesis », *Quinnipiac Law Review*, 16, 1996, p. 339-356. Tushnet écrit (p. 346) : « To see how indeterminacy occurs, we should distinguish between two sets of legal propositions (or, for convenience sake, rules). With respect to any specific legal controversy at any particular moment – that is, within an appropriately defined time-span – there are the “rules in play” about which lawyers deploy professionally respectable arguments, and the “background rules”. Well-socialized law-

table par tous les juristes à un moment t (le droit et donc les « règles applicables » apparaissent alors comme « imposant » une solution donnée à une question juridique donnée) est toujours susceptible d'être renversée par la mobilisation d'un argument juridique (fondé sur ce que Tushnet appelle une « règle d'arrière-plan ») auquel personne n'avait pensé, mais qui surgit tout à coup, en général sous l'impulsion d'un avocat cherchant à défendre les intérêts de son client. De sorte qu'à l'instant $t+1$, sans qu'aucun matériau juridique n'ait été ajouté ou retiré à l'ordre juridique, la solution adoptée est différente, voire contraire à celle que l'on estimait seule envisageable à l'instant t . C'est pourquoi le droit peut être considéré comme profondément indéterminé.

À dire vrai, les arguments avancés par les réalistes me paraissent parfaitement convaincants. Pour autant, je reconnaiss volontiers qu'ils puissent ne pas convaincre, de la même façon que je ne suis pas convaincu par les arguments avancés par les tenants de la thèse de la détermination relative. Autrement dit, lorsqu'elle est formulée ainsi, en termes de vérité ou de fausseté (le droit est-il ou non absolument indéterminé ?), la question me paraît relativement indécidable.

Cela tient au fait (déjà mentionné plus haut) qu'aucun événement surveillant dans le monde du droit (une loi, une décision, une motivation, etc.) ne sera jamais susceptible d'apporter une quelconque preuve de la supériorité d'une des thèses en présence sur l'autre. Encore une fois, tous les juristes peuvent bien constater l'existence de décisions surprenantes, de justifications inattendues, d'argumentations plus ou moins convaincantes et même parfois un peu bancales. Les tenants de la thèse de l'indétermination absolue analyseront ces cas comme une illustration du fait que les autorités d'application du droit sont libres d'appliquer les normes de leur choix, tandis que leurs adversaires y verront au contraire une transgression du droit, du moins lorsque ladite interprétation s'éloignera trop du « cadre de significations » qu'ils estiment objectivement acceptable. Ce n'est donc pas l'observation des phénomènes juridiques qui diffère (ce que l'on observe) mais plutôt la façon dont on aborde ces phénomènes (ce que l'on s'autorise à en dire).

On le voit, le problème à résoudre n'est ainsi ni une question de pure observation des phénomènes juridiques, ni un problème relatif aux propriétés du langage : il s'agit plus simplement d'une question de méthodologie, c'est-à-dire une question relative à la façon dont l'on souhaite aborder le droit, en tant qu'objet d'étude.

yers will find a legal proposition determinate when they agree that the rules in play compel a single conclusion. The process by which indeterminacy arises is straight-forward: A lawyer identifies a background rule on which to base a powerful contrary argument, and converts that rule from a background rule into a rule in play. The indeterminacy thesis claims that, with respect to every (or nearly every) apparently determinate legal proposition, somewhere in the background rules there is at least one which, if put in play, would provide the basis for a powerful contrary argument of the sort that [...] eliminates determinacy ».

3. UNE QUESTION DE MÉTHODOLOGIE : LES MÉRITES DE LA THÈSE DE L’INDÉTERMINATION ABSOLUE DU DROIT

Évidemment, la question méthodologique n'est la seule pertinente que du moment où l'on souhaite s'en tenir à une stricte description du droit (d'autres critères devraient sans doute être retenus s'il s'agissait d'élaborer une théorie normative sur le droit). Mais si on l'envisage comme telle, c'est-à-dire comme une querelle relative à la meilleure manière d'approcher le droit, alors le critère permettant de jauger les mérites respectifs des deux thèses en présence se déplace : il ne s'agit plus de savoir laquelle des thèses est la plus exacte (la plus « vraie »), mais plus simplement d'évaluer celle qui est la plus utile, ou la plus efficace, au regard de cette ambition scientifique.

Or, dans cette perspective, la thèse dite « réaliste », de l'indétermination absolue du droit, me paraît éviter quelques inconvénients de la thèse adverse, et présenter quelques avantages sur elle.

3.1. *Les inconvénients méthodologiques évités*

Si l'on adopte la thèse de la détermination relative du droit, on est nécessairement conduit à identifier le cadre de significations possibles des énoncés juridiques. Il convient de souligner que l'identification de ce cadre est essentielle aussi bien dans la version hartienne que dans la version kelsénienne de cette thèse. Kelsen l'a seulement exprimé de façon beaucoup plus nette que Hart, puisque l'une des tâches qu'il assigne à la science du droit consiste précisément à identifier ce cadre de significations possibles²⁹. Mais cette identification est en réalité tout aussi indispensable à Hart, s'il entend pouvoir distinguer les cas « faciles » des cas « difficiles » : déterminer qu'un cas concret entre (ou n'entre clairement pas) dans le champ d'application d'une règle (cas dits « faciles »), ou au contraire qu'il est doux (cas dits « difficiles »), consiste précisément à déterminer la classe des cas qui tombent sous le coup de cette règle – c'est-à-dire à déterminer le cadre des significations possibles de la règle³⁰.

La position de Hart paraît donc *a priori* moins étayée, moins consistante et finalement plus intuitive que celle de Kelsen. Cela est sans doute vrai, mais elle évite cependant l'un des principaux écueils de la thèse kelsénienne : l'idée qu'il appartiendrait à la science du droit de déterminer

²⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 457.

³⁰ Par exemple, estimer que le cerf-volant n'entre clairement pas (ou que la voiture entre clairement) dans le champ d'application de la règle selon laquelle « tous les véhicules sont interdits dans le parc » (cas facile) tandis que le vélo électrique ou les rollers pourraient y entrer (cas difficiles) consiste bien à envisager les significations susceptibles d'être attribuées au mot « véhicule », et à écarter celles qui ne sont pas envisageables (hors cadre) pour ne garder que celles qui le sont (soit de façon « évidente », soit dans une acceptation plus large). La méthode diffère de celle envisagée par Kelsen, puisque l'on part des cas concrets, pour se poser la question individuellement (et non abstraitemen, à partir des mots de la règle), mais pour y répondre, il est nécessaire d'opérer la même opération intellectuelle, à savoir tracer une ligne entre le cadre et le hors-cadre.

l'ensemble des significations possibles de chaque énoncé juridique dont elle aurait à s'occuper dénote en effet une ambition un peu excessive. Selon les réalistes, une telle tâche est tout simplement impossible à accomplir ; tout au moins convient-il de reconnaître qu'il s'agirait-là d'un travail colossal, du fait de toutes les combinaisons possibles entre les textes et les principes de l'ordre juridique considéré, de la latitude dans la qualification juridique des faits, etc.

L'effort ne serait pas inutile, néanmoins, si l'on parvenait à percevoir clairement l'utilité d'une telle élucidation. Or, elle paraît pour l'essentiel assez vaine. D'un côté en effet, il est probable que la plus grande partie des « significations possibles » de la règle ne sera jamais exploitée, et restera à l'état d'hypothèse farfelue³¹. De l'autre, il n'est pas absurde d'imaginer que le juge puisse à l'occasion se montrer plus ingénieux que le « scientifique », et parvienne à « découvrir » une signification de la règle à laquelle aucun analyste n'avait pensé, mais qui paraisse à tous, *a posteriori*, parfaitement acceptable³². À quoi aurait alors servi la détermination du cadre des significations « possibles » ?

À cet égard, la position de Hart est plus pragmatique, puisqu'il ne considère la question de la signification de la règle qu'au moment où le cas se présente. Mais elle est aussi plus suspecte : on ne pourra empêcher de soupçonner que le « cadre des significations possibles » aura été pensé afin de justifier ou de critiquer l'interprétation concrète, rendue à l'occasion du cas considéré.

En réalité, la thèse de la détermination relative du droit semble être fondée sur le refus presque viscéral de présenter les autorités d'application du droit, et en particulier les juges, comme libres de toute entrave³³, et par le désir symétrique de pouvoir donner une critique « objective », « impartiale » des décisions qu'ils rendent. Il est certes difficile de renoncer à ce jeu de

³¹ Par exemple, pour reprendre l'exemple des véhicules dans le parc, il faudrait bien envisager, parmi toutes les significations possibles du mot « véhicule » le cas de la poussette – qui, techniquement, en est un. Or, il est probable que ce cas ne se présentera jamais, et l'on peut même douter de l'utilité qu'il peut y avoir à considérer cette hypothèse.

³² Kelsen reconnaissait du reste lui-même bien volontiers que « la voie de l'interprétation authentique [...] ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 461). On peut alors se demander à quoi peut bien servir l'identification d'un cadre qui de toute façon peut être ignoré en vertu de l'ordre juridique lui-même (puisque il a investi les organes d'interprétation authentique du pouvoir de dernier mot).

³³ Il s'agit là d'un désir proprement « politique », inspiré d'idéologie libérale et démocratique (la loi doit être appliquée et non créée par les juges, elle doit être égale pour tous, etc.). Qu'il soit bien clair qu'il ne s'agit pas là d'une dénonciation de la posture « idéologique » dont serait empreinte la thèse de la détermination relative, mais dont serait exempte la thèse de l'indétermination absolue. Au contraire, celle-ci peut elle aussi être vue comme le désir de faire apparaître la brutalité du pouvoir là où elle se cache, de montrer les failles d'un système qui se prétend libéral et démocratique – bref, elle aussi est empreinte d'idéologie. De ce point de vue (celui de l'agenda idéologique), les deux thèses peuvent être renvoyées dos-à-dos – et seule leur utilité doit être discutée.

l’approbation ou de la réprobation « experte » des décisions juridictionnelles – qui est aussi ancien que constant dans l’activité doctrinale.

Il me semble pourtant que ce jeu s’avère particulièrement coûteux. Il pose en réalité deux séries de problèmes, que la théorie réaliste, de son côté, évite.

Le premier type de problèmes, concerne les acrobaties théoriques que nécessite la prise en compte des interprétations dont on estime qu’elles sortent du cadre des significations possibles d’une règle – mais qui continuent pourtant d’être appliquées « comme du droit » par les autorités compétentes : comme l’arrêt *Dame Lamotte* ou le référendum de 1962. Le paradoxe que constitue ce genre de cas n’est pas si facile à résoudre, d’un point de vue théorique. La plupart du temps du reste, la doctrine ignore ou feint d’ignorer le problème. Pourtant, l’affirmation que des règles juridiques restent en vigueur alors même qu’elles sont contraires au droit devrait faire l’objet de quelques éclaircissements. Cela suppose semble-t-il de distinguer entre un droit réel (celui appliqué) et un droit idéal (qui a été violé). Mais cette distinction n’est le plus souvent ni exposée ni justifiée – comme si elle allait de soi. Si l’on veut être conséquent, on est donc conduit à certaines contorsions théoriques. C’est le cas des théoriciens du droit normativistes, dans la lignée de Kelsen.

Pour ce dernier, par exemple, l’existence de lois contraires à la Constitution et pourtant valides (en raison de l’absence d’une juridiction capable de les annuler) devait conduire à estimer que la Constitution admettait la production par le Parlement de lois aussi bien conformes que contraires à ses propres dispositions (il s’agit de la fameuse thèse des « dispositions alternatives³⁴ »). Une autre possibilité consiste à prétendre que lorsqu’une norme non conforme au droit a été produite et perdure, en particulier lorsqu’il s’agit d’une norme constitutionnelle³⁵, on a assisté à une révolution juridique silencieuse et invisible au commun des mortels, mais identifiable par les juristes savants.

Est-il besoin de préciser qu’aucune de ces thèses ne me semble convaincante ? En réalité, elles me paraissent surtout parfaitement évitables : si l’on renonce à exprimer sur une interprétation authentique un jugement de conformité ou de non-conformité, si l’on part du principe que toutes les in-

³⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 361-363. Cette thèse n’est formulée par Kelsen qu’à propos de l’hypothèse où l’absence de cour constitutionnelle rend inévitable la production de lois contraires à la constitution. Or, cette thèse devrait logiquement être étendue aux cas dans lesquels les juges n’appliquent pas ou ne font pas appliquer le droit qu’ils appliquent – ce qui laisse perdurer des normes contraires au droit. On pourrait rétorquer que Kelsen ne formule sa théorie des dispositions alternatives que parce qu’aucun juge n’est prévu, ce qui équivaut à habiliter le seul Parlement à déterminer ce qui est ou non du droit. Mais alors, il faudrait en toute logique admettre que le juge dont les décisions ne peuvent pas être contestées bénéficie lui aussi d’une habilitation à déterminer ce qui est ou non du droit – ce qui conduit à adhérer à la thèse réaliste, selon laquelle le droit est celui produit par les juges (ou plus largement les interprètes authentiques).

³⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 279. Kelsen écrit ainsi : « La révolution [...] est toute modification de la constitution ou tout changement ou substitution de constitution [...] qui ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la constitution en vigueur » (*ibid.*).

terprétations sont également « valables » du point de vue de l’ordre juridique considéré, puisqu’elles ne sont pas annulées, on fait l’économie de ces constructions théoriques aussi curieuses que fragiles. Or, éviter de telles acrobaties théoriques constitue un gain considérable pour la robustesse de la théorie du droit proposée.

D’un point de vue strictement pragmatique, du reste, ces contorsions sont également pour le moins superflues. La thèse de la détermination relative repose en effet sur l’idée que de nombreuses interprétations d’un même texte juridique sont envisageables, et elle ne se sépare de la thèse réaliste que parce qu’elle soutient qu’il est possible de tracer une frontière objective entre les interprétations acceptables du point de vue de l’ordre juridique et celles qui ne le sont pas. Or, de deux choses l’une : soit on admet que ladite frontière est « lointaine », c’est-à-dire que seules les interprétations véritablement absurdes ou contradictoires, qui provoquent un consensus contre elles, doivent être écartées ; soit on adopte une position plus restrictive, en estimant que certaines interprétations, quoique défendues par certains juristes (grâce à des arguments juridiques que l’on estime simplement peu convaincants), sont néanmoins objectivement contraires au droit. Dans le premier cas, qui paraît la position la plus solide scientifiquement, il est probable que l’on se retrouve face à une quantité tout à fait négligeable de décisions « à écarter ». Croire le contraire, c’est sous-estimer les ressources de l’imagination argumentative des juristes : il est difficile de trouver des exemples de décisions qui ne puissent être savamment défendues en en appelant à la somme (immense) des matériaux juridiques que l’ordre juridique met à la disposition des acteurs. Et l’on peine même à imaginer un exemple fictif de décision à laquelle on ne pourrait trouver aucun fondement juridique de quelque sorte que ce soit. La seconde hypothèse est plus problématique : si une autorité a rendu une décision, fondée sur une motivation juridique et qui par ailleurs trouve le soutien d’auteurs de doctrine, qui eux-mêmes développent ou enrichissent l’argumentation à l’appui de cette décision, il semble bien délicat d’estimer qu’elle est pourtant « objectivement » contraire au droit. Cela revient en effet nécessairement à faire prévaloir certaines considérations sur d’autres, certains types d’arguments sur d’autres (par exemple : la grammaire sur l’intention du législateur, les fins poursuivies sur la logique déductive, ou *vice versa*) – ce qui ne peut être accompli sans évaluation.

La position réaliste est plus simple. Si on ne la caricature pas, elle consiste à admettre que certaines décisions paraissent mieux justifiées que d’autres, plus convaincantes que d’autres, et même que certaines puissent sembler parfaitement surprenantes, à tous égards³⁶ ; à insister sur le fait qu’il est impossible de tracer une frontière objective entre les bonnes et les mauvaises interprétations, entre celles qui sont acceptables et celles qui ne le sont pas. Il s’agit plutôt d’un continuum – et c’est pourquoi il est beaucoup

³⁶ Même le plus obtus des réalistes admettra que certaines de ces décisions sont pour le moins surprenantes, pour ne pas dire plus : qu’elles paraissent contredire les textes qu’elles sont censées appliquer (par exemple les tribunaux anglais refusant d’appliquer la peine de mort aux voleurs de plus de 40 shillings, ou même le référendum de 1962 : c’est du reste précisément pour leur « originalité » que ces exemples sont invoqués...).

plus simple de postuler (car il s'agit d'un postulat plutôt que d'une observation), comme le font les réalistes, que toutes les interprétations sont *également* valables, du point de vue de l'ordre juridique. Cela ne signifie nullement une approbation des décisions en cause, contrairement à ce qui est parfois suggéré (car ce qui est « juridique » n'est pas nécessairement « légitime », dans la position positiviste qui préside à cette thèse) ; il s'agit plus simplement de *définir* comme étant « du droit » (susceptible d'observation et de description) toutes les décisions insusceptibles d'être annulées dans l'ordre juridique considéré, quelle que soit la pertinence des arguments apportés à leur appui. Nulle contorsion théorique n'est alors nécessaire pour rendre compte des hypothèses dans lesquelles une décision continue de s'appliquer alors qu'elle est prétendument « non conforme » au droit en vigueur, car la réponse apportée à ce problème est très simple : de telles décisions n'existent pas.

Le second type de problèmes (non sans lien avec le premier) concerne la prétention à établir objectivement un « cadre » des interprétations *possibles*. L'expression n'est pas très claire, en particulier quant à ce que peut signifier l'adjectif « possibles ». S'agit-il d'une analyse purement linguistique des termes de la règle, qui devrait permettre d'identifier ce cadre ? Ou bien doit-on prendre en considération le raisonnement qui permet de passer de la règle à son application – et notamment la validité des inférences logiques ? Est-il pertinent d'ajouter à ces éléments syntaxiques, sémantiques et logiques des considérations tirées des méthodes d'interprétation (téléologique ou systémique) ou des types d'arguments communément acceptés des juristes (par analogie, *a contrario*, etc.), voire des grandes doctrines qui structurent l'ordre juridique (telles la démocratie, la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique, l'ordre public, l'égalité devant la loi, etc.) ? Doit-on bannir toute référence aux précédents ou à l'équité ou bien les prendre en compte dans la détermination de ce cadre ?

La question des possibilités ouvertes par « le droit » pour sa propre application est, on le voit, particulièrement complexe. Privilégier certaines considérations sur d'autres, comme semblent le proposer les tenants de la thèse de la détermination relative du droit, c'est en réalité prendre position sur ce que le droit devrait être³⁷. En général, l'accent est mis par les auteurs sur les règles syntaxiques et sémantiques ainsi que sur les règles logiques pour la détermination de ce cadre. Mais il est évident que, ce faisant, ils promeuvent une conception du droit comme discours ordonné et logique, comme système logico-déductif – qui est lié notamment à l'idéal de sécurité juridique. Or, si l'on prétend seulement décrire le droit et non dire ce qu'il devrait être, il n'y a aucune raison pour privilégier cette dimension des systèmes juridiques, au détriment d'autres (comme l'équité ou le « bon sens », par exemple)³⁸.

³⁷ En contradiction, donc, avec les ambitions strictement descriptives annoncées.

³⁸ Il va sans dire que si l'on s'efforce de prendre en compte, pour la détermination du cadre des interprétations possibles, toutes les considérations que j'ai mentionnées (syntaxiques, sémantiques et logiques, mais aussi les méthodes d'interprétation, les doctrines structurant l'ordre juridique, l'équité, etc.), on voit mal comment ce cadre pourrait être identifié. Soit

Une théorie réaliste est beaucoup moins coûteuse de ce point de vue, puisqu'elle n'a pas à prendre position sur ce que devrait être le droit : il ne s'agit que de décrire ce que font certaines autorités – en l'occurrence, la façon dont elles attribuent effectivement certaines significations à certains énoncés. Peu importe à cet égard si les règles grammaticales ou logiques ne sont pas respectées : si elles ont été transgressées³⁹, il s'agira précisément d'expliquer comment, et éventuellement pourquoi.

Voyons maintenant quels avantages méthodologiques on peut attendre d'une telle approche – qui préfère donc envisager le droit comme étant absolument indéterminé.

3.2. Les avantages méthodologiques attendus

La thèse de l'indétermination absolue du droit fait en général l'objet de deux types de critiques : le premier est d'ordre politique, le second est strictement méthodologique. Du premier point de vue, on reproche aux réalistes de légitimer le pouvoir discrétionnaire (voire arbitraire) des juges – seuls à être considérés comme produisant du droit, de façon absolument libre. Dès lors, si une telle thèse se répandait, les juges se sentirraient autorisés à exercer leur mission de façon tout à fait débridée, mettant fin à tout *judicial restraint*, et laissant libre cours à la promotion de leurs propres valeurs. Du second point de vue, il est reproché à la thèse réaliste de négliger l'analyse du langage juridique : en estimant que toutes les interprétations se valent, en refusant d'analyser ce que veulent dire les énoncés juridiques avant qu'une autorité d'interprétation de cet énoncé se prononce, ces thèses négligeraient ce qui fait la spécificité du droit, à savoir l'utilisation du langage pour orienter les comportements humains.

Une mise au point est nécessaire, sur ces deux questions, afin de mettre en évidence les avantages que présente la thèse de l'indétermination absolue du droit.

La critique de type politique adressée aux réalistes, tout d'abord, n'emporte pas la conviction. Elle comporte un double aspect : d'un côté, on accuse les réalistes de surestimer l'importance politique des juges ; de l'autre, de légitimer leur pouvoir. En réalité, la surévaluation du rôle des juges n'est pas une fatalité – même si elle a caractérisé certains courants réalistes américains : Michel Troper, par exemple, a toujours insisté (avec raison), sur le fait que les interprètes « authentiques » qui créent les normes qu'ils appliquent ne sont pas seulement les juges suprêmes (type Conseil constitutionnel, Conseil d'État ou Cour de cassation), mais toutes les autorités dont les décisions sont insusceptibles d'être contestées par une autre autorité (comme c'est le cas, pour certaines décisions, du Parlement ou du Président de la République, par exemple). Quant au reproche de légitimation du pouvoir des juges, il n'est pas convaincant. Il ne s'agit pas de nier que cet

on ne fait pas le tri, et il n'y a pas de cadre ; soit on en fait un, et cela implique une prise de position sur ce que *devrait être* le droit.

³⁹ Et si l'on accepte de laisser de côté la question (pourtant décisive) de savoir si ces règles sont elles-mêmes identifiables objectivement, et elles-mêmes insusceptibles d'être interprétées...

effet puisse être produit par la thèse de l'indétermination absolue du droit : il est bien possible qu'un juge qui se convaincrait de la pertinence de cette thèse puisse se sentir moins lié que d'autres par ce qu'il perçoit comme la volonté du législateur – encore que les juges soient souvent tout à fait conscients de la liberté dont ils jouissent. Mais le reproche symétrique pourrait être adressé aux thèses de la détermination (relative ou absolue) du droit : en professant que les juges sont liés, on contribue à masquer le pouvoir dont ils jouissent en réalité⁴⁰ – et par conséquent on le renforce, en contribuant à maintenir les illusions que le système juridique produit. À vrai dire, n'importe quelle thèse portant sur le comportement humain (et au-delà) est susceptible d'emporter des conséquences – plus ou moins désirables – sur ce comportement. Mais ces effets sont souvent contradictoires, non linéaires, et surtout, imprévisibles. C'est pourquoi, de manière générale, les effets politiques induits par telle ou telle position ne sauraient constituer de solides objections : il est préférable de s'en tenir au contenu des thèses que l'on entend réfuter.

La critique méthodologique est plus sérieuse, et plus intéressante. Peut-être certains courants de la théorie réaliste, en particulier aux États-Unis, ont-ils eu tendance à négliger le langage dans l'analyse de l'activité des autorités d'application du droit. Ces courants ont privilégié d'autres facteurs explicatifs du comportement des autorités d'application du droit (et particulièrement les juges) : les facteurs sociaux, économiques, psychologiques ou idéologiques ont ainsi été largement mobilisés pour rendre compte du comportement des cours – en témoignent les nombreux courants de la théorie du droit américaine (tous issus de la théorie réaliste), qui, des *Critical legal studies* aux *gender studies*, en passant par *Law and Economics* ou la *Critical Race Theory*, ont entrepris une vaste critique du formalisme dont le droit s'efforce de se parer. Ces courants ont en effet pu, quoique de façon très inégale, négliger l'analyse du langage juridique. La fameuse idée, attribuée à Jerome Frank, selon laquelle les décisions de justice seraient déterminées par ce que le juge a mangé pour son petit-déjeuner, serait à cet égard révélatrice des travers de la théorie réaliste : ses tenants seraient conduits à analyser le droit à travers des facteurs si étrangers à celui-ci qu'ils finiraient par rater l'essentiel, de sorte que la science du droit ainsi construite finirait par perdre toute spécificité.

Il s'agit là d'une critique importante et sérieuse, même si elle ne peut pas être adressée en bloc à toutes les théories réalistes mentionnées ci-dessus, mais seulement à certaines de ses versions. C'est que l'évacuation de l'analyse du langage n'est absolument pas le résultat nécessaire de l'adhésion à la thèse de l'indétermination absolue du droit : considérer que les énoncés ne sont pas dotés d'une signification déterminée *a priori* ne signifie pas que l'on doive renoncer à décrire les significations que les autorités s'efforcent de donner aux énoncés juridiques. Il est simplement alors procédé à un renversement de perspective sur le langage juridique : il n'est

⁴⁰ D'ailleurs, prendre conscience de ce pouvoir des juges permet de s'interroger de façon plus lucide sur la question des garanties de l'indépendance des magistrats, de leur statut, de la gestion de leur carrière, etc. Les rapports de l'autorité judiciaire avec les autres autorités deviennent en effet un élément fondamental de l'ingénierie constitutionnelle.

plus envisagé comme une contrainte, un cadre, un étalon à l'aune duquel mesurer la validité des interprétations, mais comme une ressource pour les autorités pour justifier la production d'autres énoncés. Ce que l'on décrira, ce n'est donc pas un ensemble figé de significations potentielles (à déterminer *a priori*), mais un processus de construction de significations – un processus que l'on s'efforcera de reconstruire, *a posteriori*. La question n'est alors plus : que veut (vraiment, objectivement) dire la loi ? Mais, quelle signification la cour de cassation s'est-elle efforcée de donner à la loi ? Pourquoi a-t-elle privilégié cette signification ? Quels arguments a-t-elle effectivement mobilisés, et pourquoi ceux-là et non d'autres ? Le droit se présente alors comme un jeu de langage entre plusieurs autorités. Il est donc parfaitement possible de réintégrer le langage juridique dans l'analyse, sans pour autant verser dans une quelconque évaluation. Celle-ci n'est pas nécessaire, dès lors que l'analyse se contente d'être rétrospective – qu'elle ne dit jamais ce que les autorités doivent faire, mais se borne à décrire ce qu'elles font effectivement.

Une telle approche a donc le mérite de substituer à une analyse en termes de conformité et de non-conformité une analyse en termes de causalité (puisque elle pose la question du « comment » de la fabrication du droit), sans pour autant perdre son caractère spécifique – dans la mesure où elle porte l'attention sur les usages des énoncés juridiques.

Ces arguments, encore une fois, n'invalident pas la thèse de la détermination relative, pour la simple et bonne raison que (comme du reste celle de l'indétermination absolue) elle ne peut être réfutée – ni sur la base de l'observation, ni par le recours à la philosophie du langage. Et si l'on s'aventure ici à plaider pour la supériorité de la thèse réaliste, c'est seulement en tant qu'elle appartient à un programme méthodologique plus vaste, dont elle est solidaire – et qui propose une approche à la fois descriptive, spécifique et causale du droit. C'est alors qu'elle parvient à éviter de nombreux écueils sur lesquels me semble buter la thèse de la détermination relative : elle échappe à toute forme d'évaluation, ne présuppose rien sur ce que devrait être le droit, propose une lecture du droit qui prend en compte sa dimension discursive, mais de façon rétrospective.

Pour autant, il faut se garder de tout impérialisme méthodologique : d'autres projets quant à la façon dont le droit doit être approché peuvent parfaitement se fonder sur des hypothèses différentes, quant à la question de la détermination du droit. L'œuvre de Dworkin (quoique l'on puisse penser de ses diverses conclusions) montre combien peut être fructueux le recours à la thèse de la détermination absolue, si l'on part de présupposés tout à fait inverses à ceux que je viens d'énoncer – et il en va de même, bien sûr, pour la thèse de la détermination relative, avec des auteurs aussi essentiels que Hart ou Kelsen.

Il est donc vain, me semble-t-il, de continuer d'envisager ces diverses positions sur la plus ou moins grande détermination du droit comme si elles s'opposaient sur la véritable nature du droit et/ou de l'interprétation⁴¹. Ce

⁴¹ Cette remarque se situe dans le droit fil de l'intuition développée par Pierre Brunet, selon laquelle la théorie réaliste de l'interprétation doit en réalité être comprise comme une métathéorie (portant sur les théories de l'interprétation) (voir P. Brunet : « Aspects théoriques et

qui reste en discussion, en revanche, ce sont les programmes méthodologiques auxquels ces thèses sont adossées, et notamment leur cohérence interne. Ainsi, ce qui a été ici suggéré, c'est par exemple qu'il est difficile d'affirmer en même temps que le droit est déterminé (même relativement) et que l'on s'en tient à une démarche strictement descriptive du droit. Il me semble que c'est à propos de ce type d'arguments que la discussion peut et doit continuer.

Arnaud Le Pillouer

Professeur à l'Université Paris-Nanterre.

philosophiques de l'interprétation normative », *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, p. 311-327).

Jose Juan Moreso

MARRY ME A LITTLE HOW MUCH PRECISION IS ENOUGH IN LAW?*

Marry me a little,
Love me just enough.
Warm and sweet and easy,
Just the simple stuff.
Keep a tender distance
So we'll both be free.
That's the way it ought to be.

Stephen Sondheim, *Marry me a little* (Off-Off Broadway, 1980).

1. THE IDEAL OF PRECISION

When I studied law in Spain, the Criminal Code (art. 10. 12) classified as an aggravating circumstance the fact that the crime was committed at night. Obviously, this was one of the favourite examples of vagueness for our Criminal Law Professors. In Spain, at noon it is not night and at midnight it is, but it is impossible to ascertain the instant during the twilight when the night starts. “Night” expresses a vague concept, a concept which has borderline cases. By contrast, it seems that other expressions, like ‘being married’, are not vague. Every person is either married or not married, *tertium non datur*. There are no borderline cases of being married. However, I also remember, in the lectures of Roman law, a case – called *the Spanish abandoned wife* – narrated by Cicero, which may cast some doubt on the alleged immunity from vagueness of “marriage”:¹

* This paper has the origin in a kind invitation of Prof. Denis Baranger and Dr. Mathieu Carpentier to participate in the Colloque international Law and Indeterminacy on March, 2016 at Université Panthéon-Assas, Institut Michel Villey. Even though an inopportune strike of French air traffic controllers made impossible my attendance to this event, Prof. Baranger and Dr. Carpentier maintained the invitation to publish my contribution and I am very thankful again. Some versions of the paper were presented in the Master Programme of Legal Argumentation at the University of Alicante (Spain) on May 2016, invited by Prof. Manuel Atienza and the Seminar of Instituto de Investigaciones Filosóficas of UNAM, Mexico, invited by Dr. Pau Luque. I am also thankful to the comments, in these audiences, of Manuel Atienza, Pep Aguiló, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Juan Antonio Cruz, Pau Luque and Juan Vega. This work was supported by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness [DER 2013-48066-C2-1-R] and the Catalan Agency for Management of University and Research Grants [AGAUR 2014 SGR 626. 2014-2].

¹ This is Cicero’s latin text: « *Quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuisque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum uaeretur de duobus civium capitibus et de pueru, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudica-*

And what of a case that really happened, within our fathers' recollection, of the head of a family coming from Spain to Rome, and leaving in the province his wife with child: at Rome he married another wife, without having sent notice of divorce to the first, and afterwards died intestate, when each woman had borne a son; was it but an ordinary dispute that thereupon arose, involving as it did the civil rights of two citizens, the boy born of the second consort, and his mother? She, if it were held that the first wife could be divorced only by using some specific formula, and not by marrying again, would be regarded as being in the position of a concubine.

There are concepts whose reference comes in degrees. People are, for instance, rich or adult to the extent that they have a certain amount of money or are a given number of years old. Amancio Ortega is, no doubt, rich and adult. These concepts have borderline cases and give, as it is well known, rise to *sorites* arguments. Sorites arguments have the following structure:

(1) Amancio Ortega is rich

(2) If s , who has n \$, is rich, then s' , who has $n-1$ \$, is also rich.

Therefore, John Doe, who has only 1 \$, is rich.

The reiterated application of premise (2) for a number of times that equals Ortega's dollars leads us, step of modus ponens by step of modus ponens, to the conclusion. The intuitive idea behind premise (2) is that small changes of this sort do not affect the truth-value of propositions which are expressed by sentences containing vague gradable adjectives such as "rich". This phenomenon is sometimes called, in the literature on vagueness, the *tolerance* of this kind of predicates.² We can substitute in (2), " s " for "Amancio Ortega" and we obtain:

(2') If Amancio Ortega, who has 69.2 billion dollars, is rich, then Jane Roe, who has 69.2 billion – 1 \$, is rich.

Given that the antecedent of (2') is true, the consequent is; and the consequent can be the antecedent of other conditionals like (2') until we reach the absurd result. Nonetheless, all of us know that someone with only 1 dollar is not rich – in fact she is extremely poor.

There are also concepts that have borderline cases, but where our uncertainty on the application of the concept to certain objects is not, or not only, a consequence of this scalar or linear structure. The concept of cruelty and the concept of marriage display another kind of vagueness, different from vagueness by degrees: combinatory or multidimensional vagueness, as it has been called.³ In those cases, we are not certain as to which properties, and

retur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur? » (CICERO, *De oratore*, trans. E.W. Sutton, Cambridge, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1967).

² The idea of tolerance of this kind of predicates was introduced in the contemporary debate by C. WRIGHT, « On the Coherence of Vague Predicates », *Synthese*, 30, 1975, p. 325-365; C. WRIGHT, « Language-Mastery and the Sorites Paradox », in G. EVANS and J. McDOWELL (EDS.), *Truth and Meaning*, Oxford, Oxford University Press, 1976, p. 223-247.

³ The distinction between degree vagueness and combinatory vagueness can be found in W.P. ALSTON, « Vagueness », in P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopaedia of Philosophy*, 8,

within what limits, are jointly necessary and sufficient for the application of the concept. These concepts are multidimensional. Torturing babies for fun is cruel, sure. However, it is not so clear whether the death penalty is cruel or not.⁴ Marriage does not seem a vague concept, but – Cicero's case apart – in the last years we have witnessed in several jurisdictions the emergence of the question whether same-sex couples can marry or not.⁵

The law takes into account rich and adult people, cruel punishments, marriage and so on. But the law does not deal with the corresponding predicates in the same way, and the value of precision changes depending on which predicates are used. Precision in law is often thought as being part of our ideal of *rule of law*. For instance, John Rawls in *A Theory of Justice* put the question in the following terms:

Now the connection of the rule of law with liberty is clear enough [...]. But if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes, being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise. The same sort of consequences follow if similar cases are not treated similarly, if the judicial process lacks its essential integrity, if the law does not recognize impossibility of performance as a defense, and so on.⁶

At least three sub-ideals are included in this Rawlsian presentation of the ideal of rule of law:

- (1) *Precision*: The language of the law should be precise.
- (2) *Formal justice*: The law should treat like cases alike.⁷
- (3) *Defeasibility*: The law should make room for justified exceptions to general rules.

It is a main aim of my contribution to argue that these sub-ideals are in tension and that it is not possible to achieve them without making some sacrifices. In (2) I shall present the introduction of classificatory concepts with sharp boundaries in law as a way to provide precision, and I shall argue that this requires sacrificing formal justice to some extent. In (3) I shall consider the introduction of metrical or quantitative concepts in the law assigning numbers to certain properties, in which case the law achieves precision and

New York, Macmillan, p. 219. See also D. HYDE, *Vagueness, Logic, and Ontology*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 16-19 and the application to legal concepts in R. POSCHER, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », in L.M. SOLAN and P.M. TIERSMA (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, ch. 9.

⁴ See the decisions of the US Supreme Court in the seventies: Furman v. Georgia 408 U.S. 238 (1972), Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

⁵ Recently same-sex marriage has been accepted as a constitutional right in *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). In Spain a statute including this right has been enacted by the Parliament (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio), and the Spanish Constitutional Court ratified its constitutionality (STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012).

⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 239; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 210.

⁷ As Hart reminds us (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press 1961, p. 155) « thought we need to add to the latter and treat different cases differently ».

formal justice; however, this strategy is not viable with respect to every concept that we need in order to regulate human behaviour. In (4) I shall argue that in some cases of combinatory vagueness, mainly those where we use evaluative concepts, neither sharp boundaries nor metrical concepts are useful, and that here vagueness has value, at least if we intend to take exceptions seriously. In (5) I present an objection to the argument recently put forward by Asgeirsson⁸ to the effect that in those cases the value arises not from vagueness, but from *incommensurate multidimensionality*. Finally, in (6) I outline the conclusions of my investigation.

2. SHARP BOUNDARIES

The natural language predicate “adult” expresses a vague concept. A child who is two years old is not adult, a woman who is thirty years old is, and since there are borderline cases, we can construct a sorites series. For instance:

- (1) Julia, who is 2 years old, is not adult
- (2) If s, who is n years old is not adult, then nor is s', who is n years +1 day old.

Nonetheless, the reiterated application of premise (2) leads to the conclusion that Lidia, who is fifty-three years old, is not adult: an obviously false conclusion.

In this kind of cases, the law tends to use vocabulary with sharp boundaries. In Spain, for instance, the legal age comes at 18 years.⁹ Given that it is important to be certain about who can vote in the political elections, who can be prosecuted for a criminal offense, who can make contracts and wills, who can drive cars, who can buy alcoholic beverages or cigarettes and so on, the law constructs the concept of legal age, a concept with sharp boundaries.¹⁰ In this sense the concept of legal age neither is tolerant nor licenses a sorites argument. Someone who is exactly 18 years old is legally adult, while someone who is 18 years minus one day old is not. Legal age does not come gradually, it comes suddenly.¹¹

We can say that in these cases, even if the boundary is arbitrary, it is very important to have a boundary.¹² Legal attributes are often of this sort.

⁸ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *Ethics*, 125, 2015, p. 425-448.

⁹ Spanish Constitution, sect. 12: « Spaniards come legally of age at eighteen years ».

¹⁰ It is obvious, as it happens in other legal systems, that we can distinguish several ages for different legal activities (16 for driving, 21 for buying alcoholic beverages, etc.); but in Spain there is an almost complete unification (though the legal capacity to contract marriage is at 16).

¹¹ Actually we can wonder about cases of people who were born exactly at midnight and where, on the other hand, the birth does not happen in a precise instant. Law solves this problem taking into account the registered hour in the official document.

¹² This idea leads B. WILLIAMS, « Which Slopes are Slippery? », in *Making Sense of Humanity and Other Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, ch. 18,

In order to live in a well functioning legal order it is necessary to be sure of who is legally adult, a citizen, married, a legal heir, a judge, a property owner, guilty, and so on. Because the law ascribes to these conditions an array of legal rights and duties it is convenient to know with certainty who meets a certain legal condition. Not all of the corresponding concepts are as precise as the concept of legal age. Legal concepts often have negative conditions of application which allow one to nullify a will or a marriage and it is possible for the application of these negative conditions to have borderline cases: for instance, a marriage is voidable if either member of the couple got married under duress, and it is not difficult to imagine borderline cases of duress. However, the vocation of the concepts associated with legal conditions is to avoid borderline cases: they are in the search of sharp boundaries.¹³

Nonetheless, the aim of precision goes against formal justice. For someone whose 18th birthday is today is legally of age and another person, who is only a day younger, is not. So the law will have treated similar cases differently. In case the latter person were to commit a crime today, she could not be prosecuted in a criminal trial and would instead be subjected to the jurisdiction of juvenile justice (under Spanish law), while the former alone could legally buy a bottle of wine in a supermarket; and so on.

3. LAW BY NUMBERS

Sometimes, however, precision and formal justice – treating like cases alike – can both be achieved. Tax law is the paradigmatic example.¹⁴ In income tax law, for instance, we avoid the use of concepts with blurred

1995; to distinguish between two types of slippery-slope argument (intertwined with sorites argument), see J.J. MORESO, « The Uses of Slippery Slope Argument », in T. BUSTAMANTE and C. DAHLMAN (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2015, ch. 4: the second is precisely the *arbitrary result* argument in which drawing the line is acceptable, even if arbitrary.

¹³ Perhaps we can say that these legal conditions display properties with the logical behaviour of the properties which A. ROSS, « Tû-Tû », *Harvard Law Review*, 70, p. 812-825, 1956-1957, in a very well-known paper, called *Tû-Tû words*. Words that connect certain conditioning facts with legal consequences, in the example of Ross referred to the tribe of Noît-cif (on the Noilsulli Islands in the South Pacific): if someone encounters his mother-in-law, or if a totem animal is killed, or if someone has eaten of the food prepared for the chief, then she is tû-tû, and then she should be subjected to a special ceremony of purification. Ross considered that these words are devoid of meaning, but it is not necessary to adopt this extreme semantic consequence in order to grasp the importance of these terms as nodes of connection in law. It is enough to acknowledge that in the legal system there are laws which are not norms, but they have *internal relations* to norms in the sense that they affect the existence or application of legal norms (see J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1970, p. 169) as it is the case with the definition of « tû-tû » or « legally of age ».

¹⁴ The tax law example is also used in T. ENDICOTT, « The Value of Vagueness », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 14-30.

boundaries, like “very rich”, “rich”, “poor”¹⁵ (and so on), while we also eschew the use of concepts with sharp boundaries, such as “people with an annual gross income between 500.000 and 1.000.000 euros”, “people with an annual gross income between 300.000 and 500.000 euros” and so on. Given that money is measurable, here we can introduce metric concepts and correlate quantities of money which should be paid as income tax to quantities of money which are income derived of any source.

It is often held that the substitution in science of classificatory concepts by metric concepts is due to the fact that the worldly objects of our life do not have the sharp boundaries that are suggested by our classifications. But, as Hempel remembered: “this way of stating the matter is, at least, misleading. In principle every one of the distinctions just mentioned [Hempel mentioned ‘long and short, hot and cold, liquid and solid, living and dead, male and female’] can be dealt with in terms of classificatory schemata, simply by stipulating certain precise boundary lines”¹⁶.

Some of the reasons adduced by Hempel in favour of the introduction of quantitative concepts in our scientific theories are also valid when given in favour of their use in some branches of law, like tax law: a) by means of metrical concepts it is possible to differentiate cases which are put together in our classifications, “[and] in this sense a system of quantitative terms provides a greater flexibility and subtlety”¹⁷; b) while in the case of classificatory concepts only a limited number of categories are available, in the case of metrical concepts we have infinite possibilities and, moreover, we do not need the introduction of new terms¹⁸; c) “a characterization of several items by means of a quantitative concept shows their relative position in the order represented by the concept”¹⁹ and it allows us to compare them; d) “Greater descriptive flexibility also makes for greater flexibility in the formulation of general laws”²⁰ – here I benefit from the ambiguity of “general laws” because it is obvious that this sentence is applicable not only to *scientific* general laws, but also to *normative* general laws.

It is hardly surprising that measurement theory has inspired the so-called degree theories of vagueness, which assign degrees of truth to propositions²¹.

¹⁵ Maybe useful in other contexts: for instance at my University, Pompeu Fabra University, recently there was an evaluation of the research in each Department and Faculty members were classified among Excellent, Very Good, Good, and Poor.

¹⁶ C.G. HEMPEL, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, Chicago University Press, 1952, p. 56.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ J.A. GOGUEN, « The Logic of Inexact Concepts », *Synthese*, 19, 1969, p. 325-373; K.F. MACHINA, « Truth, Belief and Vagueness », *Journal of Philosophical Logic*, 5, 1976, p. 47-78; and a critical presentation in R. KEEFE, *Theories of Vagueness*, Cambridge, Cambridge University Press, ch. 5, 2000.

However, it is possible that in tax law there remains room for inexact concepts: for instance, are the meals' tickets in the restaurant of the company of an employee part of her gross income as payments in kind? It seems that not all the concepts that are included in tax law are susceptible of (elimination through) measurement.

Be that as it may, income tax law is an approach to the use of concepts which allows us to get both precision and formal justice. We have all the precision that is afforded by the infinite series of natural numbers and we have tolerance, given that a small increment in income corresponds to a small change in legal consequence – the quantity of money to be paid, in this case – thereby treating like cases alike and unlike cases unlike. Nonetheless, this solution is only possible if we are dealing with one-dimensional predicates (e.g. those that allow the income to be measured in quantities of euros). When we have multidimensional predicates (like ‘cruel’, ‘reasonable’ and so on) the operation is more difficult. And if these concepts display incommensurate multidimensionality it is impossible. In the next section I shall deal with multidimensional predicates.

It would not be a good idea to convert the concept of legal age into a metrical concept, even if it is obviously possible. Whereas it is very convenient to correlate the quantity of money that is obtained in one year with income tax duties, it seems implausible that we should make the right to vote depend on age, by giving different weight to each vote depending on the age the voter has, or that we should allow the quantity of bottles of wine that can be bought depend on the buyer's age. I mean that it is not always convenient to convert a classificatory concept, with sharp boundaries, in a metrical concept. In cases where stability is important, we cannot afford the elasticity of metrical concepts.

4. UNBESTIMMTE RECHTSBEGRIFFE

The concept of rich is vague but not multidimensional, because its application, in normal contexts, only depends on the quantity of money which a person has. The concept of elegant is vague because it is multidimensional, for when predicated of a person it might refer to a fine and proper way of dressing, speaking, walking, eating, drinking and so on. Someone is elegant or not depending on the presence and the combination of all these features. If we intended to precisify the concept of elegant, for instance by specifying certain kinds of dresses, we would probably exclude kinds that are elegant and include ones that aren't.²² In these cases it is not possible to generate a metrical concept, since we have several dimensions and their combinations: the way of walking can ruin a splendid dress and the way of speaking can save a non-convenient combination of clothes. In this sense, these are cases

²² See the relevant considerations on under- and over-inclusiveness of rules in virtue of the use of general terms in F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 31-34.

of *extravagant* vagueness,²³ because two people who know the relevant facts and the language can strongly disagree about the correct application of the concept of elegant.²⁴ For instance, for our tastes, the various actors who interpreted the character of James Bond in the movie are elegant, but they are elegant in a very different way, the elegance of Sean Connery is very dissimilar to the elegance of Daniel Craig.

In law we have a lot of multidimensional concepts, like the concept of reasonable, neglect, excessive, cruel, proportional, due care and so on. Usually these concepts figure as negative conditions of other main concepts, as *defeaters*.

Paradigmatic cases are justifying and excusing conditions in criminal law and invalidating conditions in private law.²⁵ We can consider the regulation of freedom of speech in the *European Convention of Human Rights* (ECHR) enshrined by article 10:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

In the first paragraph the freedom of expression is established. In the second paragraph certain negative conditions are introduced often through open and multidimensional concepts, “necessary in a democratic society”, “in the interests of national security”, “public safety”, “protection of health or morals” and so on. The application of these concepts is controversial and a huge part of the work of the ECtHR in Strasbourg consists in ascertaining if the legislation and activity of the member States have respected the freedom of expression. Usually States argue that the second clause of the article 10 gives discretion to apply the limitations in the so-called *margin of appreciation*. But, is the application of these multidimensional concepts discretionary?

²³ T. ENDICOTT, « Vagueness and Law », in G. RONZITTI (ed.), *Vagueness: A Reader*, Dordrecht, Springer, ch. 7, 2011.

²⁴ And A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 88; characterizes this kind of concepts as follows: « The main feature of extravagantly vague terms consists in the fact that they designate a multidimensional evaluation with (at least some) incommensurable constitutive elements ».

²⁵ The analogy between excusing conditions in criminal law and invalidating conditions in private law comes from H.L.A. HART, « Legal Responsibility and Excuses », in *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, p. 28-53.

Now I want to present the Spanish doctrine in Public Law, following the German Public Law, on the so-called *indeterminate legal concepts* (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*). This doctrine intends to justify the judicial control over the regulations of administrative bodies and their application of concepts like reasonable, proportional, excessive and so on. The government departments and administrative agencies always argue that, to the extent that these concepts are indeterminate they defer to the administrative discretion and, therefore, their decisions are not judicially reviewable. This doctrine distinguishes within these concepts a *core of certainty*, where the application of the concept is clear, and a *penumbra of doubt* of borderline cases. This is, as it is well-known, the way Hart²⁶ introduced his doctrine of the *open texture* of law. More surprisingly, it is also the way in which Philip Heck,²⁷ more than one hundred years ago, introduced his distinction between *Begriffskern* (the core of the concept) and *Begriffshorn* (the halo of the concept): “A nucleus of certain meaning is surrounded by a gradually fading halo of meaning”. Hart’s conclusion in these cases of regulation by administrative bodies is as follows “In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise a discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests”.²⁸

However, this is not the doctrine of the indeterminate legal concepts. For instance, in a decision of the Spanish Court of Cassation (*Tribunal Supremo*) about the legal validity of the imposition of a fine to a real estate company it is argued:²⁹

All the activity of the Administration in the field of penalties results thus regulated even if it is dealing with the quantification of fines – it is not imaginable that two different fines can be equally fair to the same infraction –, given that even if indeterminate legal concepts should be taken into account, with the margin of appreciation called by their halo of difficulty, the application of such concepts is a bounded behaviour.

This doctrine started in German Public Law doctrine in the 50’s of the past century³⁰ and now is widely accepted by the majority of countries in Continental Law. In the most famous textbook (and deservedly so) on Administrative Law in Spain, García de Enterría and Fernández put it in the following terms:

This is the essence of the indeterminate legal concept: the indeterminacy of the sentence is not translated in a indeterminacy of the applications of it; these applications only allow us a “unity of right solution” in each case, grasped through an activity of cognition, thus able to be objective,

²⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 119-120.

²⁷ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914, p. 107.

²⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 128.

²⁹ STS 382/1992, 23 January 1992.

³⁰ For instance O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », *JuristenZeitung*, 1955, p. 97-102; H. EHMKE, “Ermessen” und “unbestimmte Rechtsbegriffe” im Verwaltungsrecht, Tübingen, Mohr, 1960.

and not through an activity of mere volition.³¹

Indeterminate legal concepts have *incommensurate multidimensionality*,³² they display extravagant vagueness. But there are at least two accounts of how their application works:

(1) The *discretion account*: These concepts have a big halo of penumbra and, in this zone, their application is discretionary.

(2) The *one-right answer account*: despite their indeterminacy, when applied to concrete cases, these concepts determine one and only one right solution.

Let us consider the Eighth Amendment of the American Constitution prohibiting cruel and unusual punishments, or article 5 of the Universal Declaration of Human Right, according to which “no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. Is the punishment established in the *Lex Pompeia* of old Roman Law, the *poena cullei*, a cruel, inhuman or degrading punishment? The *poena cullei*, the punishment for the crime of parricide, consisted in drowning the culprit in a leather sack together with a cock, a dog, a serpent, and a monkey. I guess that all of us consider the *poena cullei* a cruel punishment.

However, we can wonder whether another punishment, the *punitive coma*, is also a cruel punishment or not. The punitive coma appears first as a fiction punishment in a Philip Kerr’s crime novel (1992) and, ten years after, becomes a serious and intriguing proposal:

Let us suppose that it were possible to punish offenders by giving them an injection that would instantly induce a state of coma. Let us further suppose that it were possible, perhaps by administering additional injections on a regular schedule, to maintain them in such an unconscious state for a period of months, years, or even decades. This presents interesting possibilities. If prisoners could be placed into comas, they could be packed tightly into a very limited space, with none of the deleterious side effects that are currently associated with prison overcrowding. For where there is no consciousness, there can be neither inmate stress nor disciplinary infractions. Drugs and gangs and rape and assault, indeed, most or all of the ongoing problems that plague the staff of warehouse prisons, would immediately disappear. It might even be possible to warehouse unconscious prisoners in coma bays more cheaply than containing them in warehouse and supermax prisons. Even if the drugs used to induce and maintain the comas were not cheap, these coma-bay prisons could be operated with a reduced staff of medical and security personnel. Indeed, if

³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13th ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 502. See also, for instance, F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discreción judicial*, Madrid, Civitas, 1976; T.R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991. Some objections to the sharp separation between discretion and use of indeterminate legal concepts can be found in L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993 and M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994. An assessment of the debate in M. ATIENZA, « Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica » *Revista española de Derecho administrativo*, 85, 1995, p. 5-26.

³² H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*

such an injection were available, it would be a humane and rational solution to the nightmarish social problem of an uncontrollable prison population.³³

This is a controversial case. Despite the argumentation of Oleson, I consider that the punitive coma is actually a cruel, inhuman and degrading treatment. Depriving human beings of communication and interaction with other human beings is, in my view, cruel. Be that as it may, with this example we can realize the difficulty of application of this type of concepts. If you adopt the *discretion account*, you can argue that in this case the law cannot settle this hard question. This is Hart's account.³⁴ In a paper that was recovered and published recently,³⁵ a lost essay written by Hart for a lecture during his stay as Visiting Professor at Harvard Law School in November 1956, Hart seems to prefer an account of vagueness in law as multidimensional vagueness³⁶:

This position, namely that we are able to distinguish the leading features of a clear case and then borderline cases where some but not all of the features are present, is characteristic, it seems to me, of definition in this field. I prefer this way of putting the semantic situation to just saying that we have a continuum which stretches over a wide area and that we distinguish something which fades gradually into other notions because this metaphor of a continuum does not bring out the fact that we do, as well as recognize the vagueness at the boundary of such notions as discretion, also recognize clear or simple cases, and if we could not do this we should not be able to use the term in communication with each other.

Vagueness' accounts in the philosophy of language seem to support the discretion account. On the one hand, we have the *semantic* theory of vagueness which holds that vagueness is one feature of our conceptual scheme, "vague predicates are both partially defined and context sensitive"³⁷ and for this reason these predicates have borderline cases. In such cases speakers have discretion over whether to include the relevant object in the reference of the predicate. On the other hand, we have the *epistemic* theory of vagueness according to which there is always a precise point that draws the line between the right application of a vague predicate and its complement, even though we are not able, in a irremediable way, to draw that line. Our predicates are not tolerant predicates, even though we are not able to assign truth-values in the penumbra of the predicate.³⁸

³³ J.C. OLESON, « The Punitive Coma », *California Law Review*, 90, 2002, 829-901, esp. P. 861.

³⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., ch. 7.

³⁵ H.L.A. HART, « Discretion », *Harvard Law Review*, 127, 2013, p. 652-665.

³⁶ *Ibid.*, p. 653.

³⁷ S. SOAMES, « Vagueness and the Law », in A. MARMOR, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, London, Routledge, 2012, p. 95-108, esp.. p. 96.

³⁸ This theory in J. CARGILE, « The Sorites Paradox », *British Journal for the Philosophy of Science*, 20, 1969, p. 193-202; J. CARGILE, « An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox », *Philosophical Books*, 34, 1993, p. 22-24; R. SORENSEN, *Blindspots*, Oxford, Oxford University Press, 1988; R. SORENSEN, *Vagueness and Contradiction*, Oxford, Oxford University Press, 2001; R. SORENSEN, « Vagueness Has no Function in Law », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 387-417 and T. WILLIAMSON, *Vagueness*, London, Routledge,

It seems that neither the semantic theory nor the epistemic theory are compatible with the one-right answer account. And this account is not only the account accepted by our doctrine of indeterminate legal concepts, it is also the Dworkinian account. For Dworkin, concepts such as reasonable or cruel are not vague, they are concepts which admit of different conceptions³⁹ because they are *essentially contested*⁴⁰ or *interpretive* concepts.⁴¹ However, these conceptions are comparable among them and it is possible to ascertain which of them put the notion under the best light. But, can the philosophy of language provide some support for the one-right answer account? I shall intend to show how this account can be understood in line with two different approaches to vagueness: the contextual approach and the supervaluationist approach. Here, the similarities between these approaches are more relevant than the differences and, for this reason, they will be presented as a unique view.

For the contextual approach, a sentence like “Punishment P is cruel” expresses a *proposition* whose truth-values vary in accordance with the *circumstances of evaluation*. The circumstances of evaluation include a *parameter* that is able to point out the (admissible) sharpening of the vague predicate, a function capable to make a vague predicate precise through reasonable standards of precisification.⁴² There are some doubts as to whether the contextual account collapses into supervaluationism⁴³. For this approach,⁴⁴ a vague predicate fails to divide things precisely into two sets, its positive and its negative extensions. When this predicate is applied to a borderline case, we will get propositions which are neither true nor false. This gap reveals a deficiency in the meaning of a vague predicate. We can remove this deficiency and replace vagueness by precision by stipulating a

1994. S. SCHIFFER, « A Little Help from Your Friends », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 42-432 has argued that different accounts of vagueness, such as, e.g., semantic and epistemic, in philosophy of language makes no difference to matters of legal interpretation. S. SOAMES, « Vagueness and the Law », in A. MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, *op. cit.*, p. 95-108, challenges this idea and Asgeirsson objects to it (forthcoming). This issue will not be analyzed here.

³⁹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 103, p. 135-136; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 17.

⁴⁰ W.B. GALLIE, « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of Aristotelian Society* 56, 1955-6, p. 167-198.

⁴¹ R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 9-12.

⁴² This account develops the semantic and pragmatic ideas of D. KAPLAN, “How to Russell a Frege-Church”, *The Journal of Philosophy*, 72, 1975, p. 716-729; D. LEWIS, « General Semantics », in *Philosophical Papers*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 189-232; applied to the issue of vagueness, see L. BURNS, *Vagueness. An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*, Dordrecht, Kluwer, 1991. Recently a very powerful defence (different from both contextualism and supervaluationism) has been given by M. KÖLBEL, « Vagueness as Semantic », in R. DIETZ and S. MORUZZI (eds.), *Cuts and Clouds: Vagueness, its Nature and its Logic*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 304-325.

⁴³ R. KEEFE, *Theories of Vagueness*, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁴ For instance, K. FINE, « Vagueness, Truth and Logic », *Synthese*, 30, 1975, p. 265-300; M. DUMMETT, « Wang's Paradox », *Synthese*, 30, 1975, p. 301-324; R. KEEFE, *Theories of Vagueness*, *op. cit.*

certain arbitrary boundary between the positive and negative extensions, a boundary within the penumbra of the concept. Thus, we get a sharpening or completion of this predicate. However, there is not only one, but many possible sharpenings or completions.

In accordance with supervaluationism, we should take all of them into account. For supervaluationism, a proposition p -containing a vague concept – is true if and only if it is true for all its completions; it is false if and only if it is false for all its completions; otherwise it has no truth-value – it is indeterminate. A completion is a way of converting a vague concept into a precise one. So now we should distinguish two senses of “true”: “true” according to a particular completion, and ‘true’ according to all completions, or supertrue. If a number x of grains of sand is in the penumbra of the concept of a heap, then it will be true for some completions and false for others that x is a heap and, therefore, it will be neither supertrue nor superfalse.

Completions should meet some constraints. In particular, propositions that are unproblematically true (false) before completion should be true (false) after completion is performed. In this way, supervaluationism retains a great part of classical logic. Thus, for instance, all tautologies of classical logic are valid in a theory of supervaluations, “ x is a heap or x is not a heap” – a token of the law of excluded middle – is valid, because it is true in all completions independently of the truth-value of its disjuncts. Another idea suggested by Fine⁴⁵ and useful here is the notion of *penumbral connections*. For instance, the Spanish Constitutional Court decided that the punishment in a prison of solitary confinement for 15 days is neither an inhuman nor a degrading treatment.⁴⁶ Even if someone considers that this is a borderline case of application of inhuman or degrading term, she should accept that “If 15 days of solitary confinement is not a degrading treatment, then 10 days is not either”. A sharpening establishing that 15 days of solitary confinement is not a degrading treatment, but 10 days is degrading, is an inadmissible sharpening. The last sentence expresses a penumbral connection of the concept inhuman or degrading treatment. Penumbral connections constrain our completions or sharpenings of extravagant vague concepts.

When the language of the law uses *extravagant* predicates that exhibit multidimensional incommensurability, not all the ways of precisifying the predicate are equally admissible. The only admissible ones are those which meet previous assignments of meaning, respect penumbral connections, fit relevant legislation and precedent, endorse canons of interpretation in force in a certain community and so on. In this sense, the range of admissibility becomes more and more reduced. In fact, a unique admissible sharpening in each context is not even necessary in order to accept that these elements are sufficient to adopt, for the judicial application of law, the one-right answer

⁴⁵ K. FINE, « Vagueness, Truth and Logic », *op. cit.*

⁴⁶ In STC 2/1987, de 21 de enero.

account. For instance, even though an instruction included in a transport regulation such as:⁴⁷

(ins) Move suspicious packages away from crowds,

is very generic and has borderline cases, when placed in a concrete context it can become very clear. An abandoned backpack in a train station is suspicious and should be moved. A school bag next to the school bus is, normally, not suspicious and should not be moved.

Schiffer⁴⁸ put in the following terms the situation we find in the judicial application of the law:

When someone says something we judge not to have a determinate truth-value, it's no big deal: we judge that what the guy said has no determinate truth-value and move on. *Judicial Necessity* is the fact that that is a luxury judges don't have. More exactly, Judicial Necessity applies to federal judges who must decide cases involving the interpretation of legal texts; it's the fact that a judge hearing such a case never has the option of not deciding the case because it's indeterminate whether the law in question applies to it. Even if a judge knows that the relevant law has no determinate application to the case she is hearing, she must still officially "decide" either that the law does apply to the case or that it doesn't apply to it.

In this sense the very well-known prohibition of *non liquet* integrates also the context where the judicial decisions are taken. This is clearly not sufficient to endorse the one-right answer account. It would be necessary to deal with intricate issues on the nature of law and the place of legal reasoning inside the practical reasoning. Here I limit myself to remembering, with Dworkin⁴⁹, that the judicial discretion account cannot be considered the winner by default:

It is a popular thesis that in very hard cases at law, when the legal profession is split about the right answer, there actually is none, because the law is indeterminate on the issue. This "no right answer" thesis cannot be true by default in law any more than in ethics or aesthetics or morals. It does not follow from the fact that no knock-down argument demonstrates that the case for the plaintiff is, all things considered, better or worse than the case for the defendant that the plaintiff's case is not, in fact, actually better or worse. Since the no-right-answer claim about law is a legal claim-it insists that no legal reason makes the case for one side stronger than the case for the other-it must rest on some theory or conception of law.

I would like to add that the use of evaluative concepts in law that exhibits multidimensional vagueness, often as *defeaters* which allows us to introduce justified exceptions in the application of generic rules, honours and respects the rule of law. Here again having a bit less of precision increases our capacity to take justified decisions by treating like cases alike.

⁴⁷ The example is to be found in H. CAPPELEN, « The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion », *Philosophical Perspectives*, 22, *Philosophy of Language*, 2008, p. 23-46, together with relevant considerations on legal interpretation.

⁴⁸ S. SCHIFFER, « Philosophical and Jurisprudential Issues on Vagueness », in G. KEIL and R. POSCHER, *Vagueness and the Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁴⁹ R. DWORAKIN, *Law's Empire*, op. cit., p. 336.

5. INSTRUMENTAL VALUES

It is natural to consider that law should not be vague, since vagueness is seen as a defect of our language and, therefore, of our legal language too.⁵⁰ Maybe it is inevitable, but we would be better without it. This seems the intuition of Hart when remembering us that ‘we are men, not gods’:

If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, then provision could be made in advance for every possibility. We could make rules, the application of which to particular cases never called for a further choice. Everything could be known, and for everything, since it could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for “mechanical” jurisprudence.

Plainly this world is not our world; human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring.⁵¹

It seems that Hart regarded the imagined possible world as a better world than ours. And in our world the use of vagueness has a *remedial* value, it allows us a more flexible application of rules. This function is fulfilled through the use of generic and abstract expressions, which are able to be applied to particular cases with flexibility and accurateness.

Remedial or not, some authors⁵² have argued that vagueness is valuable in law, because sometimes it is a means to achieve some good aims. Recently Asgeirsson⁵³ argued that this instrumental value is actually played by a feature different from vagueness and that, even if this feature – incommensurate multidimensionality – entailed vagueness, given that not everything that is entailed by something that is instrumentally valuable has value, we cannot conclude that vagueness has value.

Sometimes it has been argued that is not vagueness which is playing this instrumental and valuable role, but it is some phenomenon close but distinct to vagueness, like generality.⁵⁴ But the more compelling argument is due to

⁵⁰ R. SORENSEN, *Vagueness and Contradiction*, *op. cit.*; R. SORENSEN, « Vagueness Has no Function in Law », *op. cit.*, denies that vagueness has any function in law.

⁵¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 125.

⁵² T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; T. ENDICOTT, « The Value of Vagueness », *op. cit.*, p. 14-30; J. WALDRON, « Vagueness and the Guidance of Action », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *Language and Law*, *op. cit.*, p. 58-82.

⁵³ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*

⁵⁴ R. SORENSEN, « Vagueness Has no Function in Law », *op. cit.*; R. SORENSEN, « Vagueness », in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, (Spring 2016 Edition), forthcoming, URL: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/vagueness/>; S. SOAMES, « What Vagueness and Inconsistency Tell Us about Interpretation », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *op. cit.*, p. 31-57; R. POSCHER, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », *op. cit.*, argues that, in the case of multidimensional concepts, the source of discretion is not vagueness, but generality, even if he concludes that vagueness adds some value to the use of generality.

Asgeirsson. The skeleton of the argument in favour of the value of vagueness in law can be characterized as follows:

P1. Applying the law in a flexible, fine-grained and sensitive to the particularities of the case is good.

P2. Vagueness in the law is a necessary means to applying the law in a flexible, fine-grained and sensitive to the particularities of the case.

P3. Value transmits (in a *pro tanto* way) from ends to means.

Conclusion. Vagueness in the law is (sometimes) instrumentally good.⁵⁵

Asgeirsson accepts premises P1 and P3, but he rejects the conclusion because he believes that there are no good reasons to endorse the premise P2. And there are no good reasons to accept P2 because P2 presupposes a very controversial *necessitation* principle in the logic of value: closure under necessary consequence.⁵⁶ Something like:

$$\text{Value } p, p \rightarrow q \mid \text{Value } q.$$

One proxy in deontic logic is responsible for the well-known deontic paradoxes (as the paradox of derived obligation and the paradox of good Samaritan).⁵⁷ One possible formulation of the paradox of derived obligation is the following: “It is forbidden to steal this bicycle” (that amounts to “It is obligatory not to steal this bicycle”) entails “if you steal this bicycle, you ought to go to the café de la Pompeu”, and one possible example of the paradox of good Samaritan: “If you ought to help this abandoned child, then it is obligatory to abandon the child”.

There are a lot of reasons for rejecting *necessitation* in the practical domain. However, one of the most important is that it makes it impossible to understand the remedial dimension of morality and law.⁵⁸ Remedial virtues such as *courage* always presuppose that the realization of a valuable action entails (because it presupposes) a previous bad situation. Courage is only triggered in circumstances of serious danger or important risk, but the value of the virtue of courage is not transmitted to the circumstance of danger, that obviously lacks value. The action of a fireperson rescuing an old lady of the flames is a valuable virtuous action, but the fact that there are flames in a building is a fact not only without positive value, but of negative value.

My suggestion is that Asgeirsson’s argument presupposes this kind of remedial scenario. Vagueness is bad. It is a necessary evil because our world is not the world that Hart imagined: a world with a finite number of properties and where we knew all the combinations between them would be a better world than our world. Now, incommensurate multidimensionality has this remedial function: in our non-ideal world it makes it possible to take practical decisions in a way that is closer to the way adjudicatory deci-

⁵⁵ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*, p. 428, p. 440.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 446.

⁵⁷ A.N. PRIOR, « The Paradox of Derived Obligation », *Mind*, 63, 1954, p. 64-65; A.N. PRIOR, « Escapism. The Logical Basis of Ethics », in A.I. MELDEN, *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 135-146.

⁵⁸ I am very indebted to Hugo Selme who showed to me the connection between remedial instruments and instrumental vagueness.

sions are taken in the ideal world. Vagueness is entailed by incommensurate multidimensionality, but vagueness is not valuable, it is only the enabling circumstance which calls for the remedial solution.

However, it is possible to challenge this approach.⁵⁹ Waldron has argued that evaluative predicates in law (such as “reasonable” or “proper” or “appropriate”, and also “inattentive” or “aggressive”) “are action-guiding, thought guide in the first instance the element of practical deliberation involved in the exercise of agency [...].”⁶⁰ They too guide practical reasoning (and action based on that reasoning), but they provide additional structure and channeling for the practical deliberation that they elicit”. Here we have an additional argument. The use of evaluative arguments is not only good for more elastic legal adjudication, it is also good because it invokes⁶¹ “people’s capacity for practical deliberation in a way that realizes the dignity of human agent”. This feature does not seem remedial. If practical deliberation is part of our constituency as moral agents, and practical deliberation is triggered by the use of multidimensional evaluative concepts, then the function of these concepts in law is not remedial. It is the expression of our nature as moral actors. And the Hartian legal world with a finite number of features and combinations among them is not better than our world. In fact it is worse. It is worse because in that world there is no exercise of practical deliberation, it is a world in which rules are mechanically applied.

If the flexibility and adaptability of law have remedial nature, then one world, as the Hartian imagined world, without adaptability and flexibility but with a finite number of features and combinations among them is better than our world. Nonetheless, if the flexibility and adaptability of law have no remedial nature, then the argument against the value of vagueness is more questionable, because our world with evaluative vague concepts is better than a world without them.

Perhaps there is some way to retrieve some kind of principle which is different from *necessitation*, and that is able to ground the value of vagueness. We need a way to order the possible worlds and a relationship of being more or equally valuable referred to worlds.⁶² If the Hartian imagined world is better than our world then the value of the presence of evaluative concepts in law is only remedial and, therefore, vagueness has no value. If, on the

⁵⁹ In fact, in spite of Ph. FOOT, « Virtues and Vices », in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 1-18. Ch. KORSGAARD, « Aristotle and Kant on the Source of Value », *Ethics*, 96, 1986, p. 486-505, there is a discussion concerning whether the nature of virtues is inherently remedial or not. See, for instance, P. GOTTLIEB, « Are the Virtues Remedial », *The Journal of Value Inquiry*, 35, 2001, p. 343-354.

⁶⁰ J. WALDRON, « Vagueness and the Guidance of Action », *op. cit.*

⁶¹ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*, p. 440.

⁶² In S.O. HANSSON, *The Structure of Values and Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; S.O. HANSSON, « Ideal Worlds –Wishful Thinking in Deontic Logic », *Studia Logica*, 82, 2006, p. 329-336 (for a presentation of the intuitive ideas behind the theory), there is a formal account for a very technical and complete structure of values and norms, weakening the necessitation principle and providing a general framework able to ground my suggestion.

contrary, our world is better than the Hartian imagined world, then the value of the inclusion of evaluative concepts is not remedial, it is a necessary way to trigger our deliberative capacity as rational agents, and then, maybe, the situation of deliberative capacity as rational agents can transmit value to vagueness.

My consideration cannot be seen as a way to defeat the argument of Asgeirsson.⁶³ After all Asgeirsson only casts doubt on the value of vagueness, entailed by a, in his view, valuable feature: incommensurate multidimensionality. However, I intend to show that behind this entailment there is a question of whether incommensurate multidimensionality has a remedial value or not. The answer of this question determines the answer on the value of vagueness.

6. CONCLUSION: RULE OF LAW IN LESBIAN MOULDING

I have argued that the ideal of rule of law contains sub-ideals in tension. Not always can we achieve precision, formal justice and defeasibility at once.

Sometimes our main objective is precision, because we (judges, administrative bodies, police and, in general, all of us) need to identify in a stable way the legal conditions of people in order to act in accordance with the law. In these cases, the law uses concepts with sharp boundaries, non-epistemically vague predicates applicable to the objects, as it were.⁶⁴ In this way precision is privileged. In other cases, a minority of cases, it is possible to introduce metrical concepts, maintaining precision and warranting formal justice.

Nonetheless, in a lot of cases, we need both a general rule and a set of defeaters, formulated in general and evaluative terms,⁶⁵ and here precision is in some sense sacrificed. In this way formal justice and defeasibility are honoured and respected. Whether this sacrifice necessarily remits to the discretion of the adjudication organs of general rules is more controversial and I presented certain arguments in order to show how taking decisions in accordance with rules including evaluative defeaters and guiding the conduct of the decision-makers are compatible.

At the end, I tried to show that behind the criticism of Asgeirsson⁶⁶ of the idea of the value of vagueness, it lies the assumption that the presence in law of evaluative defeaters has only a remedial value and, then, it is more

⁶³ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*

⁶⁴ The distinction between epistemically vague predicates and non-epistemically vague predicates can be found in D. ENOCH, « Epistemicism and Nihilism about Vagueness: What's the Difference? », *Philosophical Studies*, 133, 2007, p. 285-311.

⁶⁵ In J.J. MORESO, « Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality », in J. FERRER BELTRAN and G.B. RATTI (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 225-237. I developed an argument in favour of the use of this kind of defeaters in law.

⁶⁶ H. ASGEIRSSON, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *op. cit.*

acceptable that vagueness could have no value. However, if the value of the presence in law of evaluative defeaters is apt to trigger our deliberative capacity as moral agents, then the value of these predicates is not remedial and, maybe, the value of vagueness can be restored.

A well-known passage of Aristotle⁶⁷, see also Waldron⁶⁸, calling our attention to this text) can be interpreted both as an acknowledgment of our imperfect abilities and of the necessity of remedial flexibility and as an acceptance of the superiority of the flexibility over rigidity, like actually it is my preference:

When the law speaks universally, then, and a case arises on it which is not covered by the universal statement, then it is right, where the legislator fails us and has erred by oversimplicity, to correct the omission-to say what the legislator himself would have said had he been present, and would have put into his law if he had known. Hence the equitable is just, and better than one kind of justice-not better than absolute justice but better than the error that arises from the absoluteness of the statement. And this is the nature of the equitable, a correction of law where it is defective owing to its universality. In fact this is the reason why all things are not determined by law, that about some things it is impossible to lay down a law, so that a decree is needed. For when the thing is indefinite the rule also is indefinite, like the leaden rule used in making the Lesbian moulding; the rule adapts itself to the shape of the stone and is not rigid, and so too the decree is adapted to the facts.

Jose Juan Moreso

Professeur de Philosophie du Droit à l'Université Pompeu Fabra, Barcelone.

⁶⁷ ARISTOTLE, *The Nicomachean Ethics*, D. Ross transl., L. Brown rev., Oxford, Oxford University Press, 2009, 1137b, p. 97.

⁶⁸ J. WALDRON, « Vagueness and the Guidance of Action », *op. cit.*, p. 82.

REFERENCES

- ALSTON William P., « Vagueness », in P. Edwards (ed.), *The Encyclopaedia of Philosophy*, 8, New York, Macmillan, 1967, p. 218-221.
- ARISTOTLE, *The Nichomachean Ethics*, D. Ross transl., L. Brown rev., Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ASGEIRSSON Hrafn, « On the Instrumental Value of Vagueness in the Law », *Ethics*, 125, 2015, p. 425-448.
- ASGEIRSSON Hrafn, Forthcoming. « Can Legal Practice Adjudicate Between Theories of Vagueness », in G. Keil and R. Poscher (eds.), *Vagueness and the Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- ATIENZA Manuel, « Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica », *Revista española de Derecho administrativo*, 85, 1995, p. 5-26.
- BACHOF Otto, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », *JuristenZeitung*, 1955, p. 97-102.
- BURNS Linda, *Vagueness. An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*. Dordrecht, Kluwer, 1991.
- CAPPELEN Herman, « The Creative Interpreter: Content Relativism and Assertion », *Philosophical Perspectives*, 22, *Philosophy of Language*, 2008, p. 23-46.
- CARGILE James, « The Sorites Paradox », *British Journal for the Philosophy of Science*, 20, 1969, p. 93-202.
- CARGILE James, « An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox », *Philosophical Books*, 34, 1993, p. 22-24.
- CICERO, *De oratore*, trans. E.W. Sutton, Cambridge, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1967.
- DUMMETT Michael, « Wang's Paradox », *Synthese*, 30, 1975, p. 301-324.
- DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- EHMKE Horst, “Ermessen” und “unbestimmte Rechtsbegriffe” im Verwaltungsrecht, Tübingen, Mohr, 1960.
- ENDICOTT Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- ENDICOTT Timothy, « The Value of Vagueness », in A. Marmor and S. Soames (eds.), *Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 14-30.
- ENDICOTT Timothy, « Vagueness and Law », in G. Ronzitti (ed.), *Vagueness: A Reader*, Dordrecht, Springer, 2011, ch. 7.
- ENDICOTT Timothy, « Law and Language », in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, spring 2014 édition, URL: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/law-language/>.
- ENOCH David, « Epistemism and Nihilism about Vagueness: What's the Difference? », *Philosophical Studies*, 133, 2007, p. 285-311.
- FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

- FINE Kit, « Vagueness, Truth and Logic », *Synthese*, 30, 1975, p. 265-300.
- FOOT Philippa, « Virtues and Vices », in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 1-18.
- GALLIE William B., « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of Aristotelian Society* 56, 1955-6, p. 167-198.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo & FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13th ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- GOGUEN Joseph A., « The Logic of Inexact Concepts », *Synthese*, 19, 1969, p. 325-373.
- GOTTLIEB Paula, « Are the Virtues Remedial », *The Journal of Value Inquiry*, 35, 2001, p. 343-354.
- HECK, Philip, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914.
- HEMPEL Carl Gustav, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, Chicago University Press.
- KAMP Hans, « Two Theories about Adjectives », in E. Keenan (ed.), *Formal Semantics and Natural Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975 p. 123-155.
- KAPLAN David, « How to Russell a Frege-Church », *The Jorunal of Philosophy*, 72, 1975, p. 716-729.
- KEEFE Rosanna, *Theories of Vagueness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- KERR Philip, *A Philosophical Investigation*. London, Chatto & Windus, 1992.
- KÖLBEL Max, « Vagueness as Semantic », in R. Dietz and S. Moruzzi (eds.), *Cuts and Clouds: Vagueness, its Nature and its Logic*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 304-325.
- KORSGAARD Christine, « Aristotle and Kant on the Source of Value », *Ethics*, 96, 1986, p. 486-505.
- HANSSON Sven Ove, *The Structure of Values and Norms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- HANSSON Sven Ove, « Ideal Worlds –Wishful Thinking in Deontic Logic », *Studia Logica*, 82, 2006, p. 329-336.
- HART Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- HART Herbert L.A., « Legal Responsibility and Excuses », in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- HART Herbert L.A., « Discretion », *Harvard Law Review*, 127, 2013, p. 652-665.
- HYDE Dominic, *Vagueness, Logic, and Ontology*, Aldershot, Ashgate, 2008.
- D. LEWIS, « General Semantics », in *Philosophical Papers*, vol. III, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 189-232.
- MACHINA Kenton F., « Truth, Belief and Vagueness », *Journal of Philosophical Logic*, 5, 1976, p. 47-78.
- MARMOR Andrei, *The Language of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MORESO Jose J., « Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality », in J. Ferrer Beltran and G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements*.

- ments. *Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 225-237.
- MORESO Jose J., « The Uses of Slippery Slope Argument », in T. Bustamante and C. Dahlman (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2015, ch. 4
- OLESON James C., « The Punitive Coma », *California Law Review*, 90, 2002, 829-901.
- PAREJO ALFONSO Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.
- POSCHER Rolf, « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation », in L.M. Solan and P.M. Tiersma (eds.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, ch. 9
- PRIOR Arthur N., « The Paradox of Derived Obligation », *Mind*, 63, 1954, p. 64-65.
- PRIOR Arthur N., « Escapism. The Logical Basis of Ethics », in A.I. Melden, *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 135-146.
- RAWLS John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- RAWLS John, *A Theory of Justice*, 2nd edition, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1970.
- ROSS Alf, « Tû-Tû », *Harvard Law Review*, 70, 1956-1957, p. 812-825.
- SÁINZ MORENO Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discreción judicial*, Civitas, Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SCHAUER Frederick, *Playing by the Rules*. Oxford, Oxford University Press, 1991.
- SCHIFFER Stephen, « A Little Help from Your Friends », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 42-432.
- SCHIFFER Stephen, « Philosophical and Jurisprudential Issues on Vagueness », in G. KEIL and R. POSCHER, *Vagueness and the Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- SORENSEN Roy A., *Blindspots*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- SORENSEN Roy A., *Vagueness and Contradiction*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- SORENSEN Roy A., « Vagueness Has no Function in Law », *Legal Theory*, 7, 2001, p. 387-417.
- SORENSEN Roy A., « Vagueness », in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, (Spring 2016 Edition, forthcoming, URL: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/vagueness/>).
- SOAMES Scott, « What Vagueness and Inconsistency Tell Us about Interpretation », in A. MARMOR and S. SOAMES (eds.), *Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 31-57.
- SOAMES Scott, « Vagueness and the Law », in A. Marmor, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, London, Routledge, 2012, p. 95-108.

WALDRON Jeremy, « Vagueness and the Guidance of Action », in A. Marmor and S. Soames (eds.), *Language and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 58-82.

WILLIAMSON Timothy, *Vagueness*, Routledge, London, 1994.

WILLIAMS Bernard, « Which Slopes are Slippery? », in *Making Sense of Humanity and Other Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, ch. 18.

WRIGHT Crispin, « On the Coherence of Vague Predicates », *Synthese*, 30, 1975, p. 325-365.

WRIGHT Crispin, « Language-Mastery and the Sorites Paradox », in G. Evans and J. McDowell (eds.), *Truth and Meaning*, Oxford, Oxford University Press, 1976, p. 223-247.

Julien Jeanneney

LE RECOURS À L'INTENTION DU LÉGISLATEUR FACE AUX ÉNONCÉS NORMATIFS AMBIGUS

L'ambiguïté d'un énoncé normatif met en lumière certaines des imperfections de la communication juridique. Elle constitue une difficulté à laquelle il est courant de répondre par une thérapeutique aussi intuitive qu'insatisfaisante : le recours à l'intention de l'auteur de la norme. Si l'on comprend mal un message, ne faut-il pas diriger ses recherches vers ce que pouvait avoir à l'esprit son auteur, afin de le clarifier ?

Conformément à cette intuition, les juristes sont convenus dès la Rome antique que, face à un énoncé normatif ambigu, susceptible de plusieurs lectures distinctes, il convenait de privilégier celle qui se conciliait avec « l'esprit de la loi¹ ». Depuis lors, il est habituel de présenter le recours à l'intention de l'auteur de la norme juridique comme un moyen de dissiper l'ambiguïté de l'énoncé qui en est le support, et les travaux préparatoires à la rédaction de l'énoncé normatif comme un indice permettant d'y accéder².

Lorsque la recherche de cette intention est jugée possible, deux limites lui sont généralement fixées. D'une part, elle n'est pertinente que lorsque le sens premier de l'énoncé normatif n'est pas clair – ce que résume la formule « *cessat in claris interpretatio*³ ». Il convient donc de ne pas remettre en cause les énoncés « établis » en recherchant « trop scrupuleusement les raisons⁴ ». D'autre part, en l'absence d'une règle établissant la primauté d'une méthode d'interprétation sur les autres, le recours à l'intention n'est jamais que l'une de celles qui s'offrent à l'interprète⁵.

L'ambiguïté est susceptible d'affecter un énoncé normatif ainsi que l'établissement de la norme dont il est le support. Il convient d'en préciser brièvement les caractéristiques⁶. Avec le vague et la texture ouverte, il s'agit de l'une des principales causes d'indétermination des énoncés normatifs

¹ CELSUS, Digeste, I, III, 19, in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. fr. M. Hulot, M. Berthelot, Rondonneau, 1803, t. 1, p. 59.

² Voir par ex. H. DE SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire, ou traité des arguments légaux*, 2^{nde} éd., Joubert, 1841, p. 117.

³ Littéralement, « l'interprétation s'interrompt face à l'énoncé clair » – l'interprétation est ici conçue au sens limité de la recherche active de ce qui n'est pas immédiatement disponible. Sauf précision contraire, les traductions sont ici originales.

⁴ NERATIUS, Digeste, I, III, 21, in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit. [n. 1], p. 59.

⁵ Voir par ex. W. BAUDE, S.E. SACHS, « The Law of Interpretation », *Harvard LR*, vol. 130, n° 4, 2017, p. 1079-1147, p. 1115.

⁶ Pour une étude plus détaillée, voir J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, p. 134-148.

considérés isolément⁷, qui correspondent aux « caprices de la référence » évoqués par Willard V. O. Quine⁸. Maladresse qui, dans le cadre d'une conversation, pourrait être facilement contournée à la faveur d'une « lutte pour la précision⁹ », l'ambiguïté ne trouble la référence ou le « champ d'application » d'une catégorie juridique, donc d'une norme, que dans la mesure où, en amont, elle brouille la signification du terme ou de l'énoncé.

Deux ambiguïtés sont habituellement opposées.

La première, lexicale, homonymique ou polysémique, affecte un terme individuel de l'énoncé : « l'avocat » mangé par Hannibal est-il un légume – que les botanistes assimilent à un fruit – ou un auxiliaire de justice ?

La seconde, syntaxique, structurale ou amphibologique correspond à une construction grammaticale qui rend possible l'attribution à une phrase de deux sens différents – la formule « la belle au bois dormant » ne permet à elle seule de savoir qui dort.

Certaines ambiguïtés, grossières, sont aisément résolues. Comme l'écrit Polydore Fabreguettes dans son manuel d'interprétation, « [il] convient [...], quand le texte est susceptible de plusieurs interprétations, de préférer celle qui donne une application sérieuse¹⁰ ». D'autres ambiguïtés, plus fines, appellent une recherche approfondie.

Cette dernière est parfois prédéterminée. Il arrive ainsi que des dispositions normatives établissent par avance la conduite de l'interprète lorsqu'un énoncé normatif se révèle ambigu, en particulier en l'invitant plus ou moins explicitement à se tourner vers l'intention ayant présidé à sa rédaction ou à l'adoption de la norme dont il est le support.

Trois principaux cas de figure peuvent ainsi être distingués.

En premier lieu, un système normatif peut contenir des règles générales d'interprétation tournées plus ou moins directement vers la recherche de cette intention, soit en couvrant toute interprétation – que l'énoncé soit ou

⁷ Les causes systémiques d'indétermination normative sont les antinomies et les lacunes normatives. Voir N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Dialectica*, vol. 18, n° 1-4, 1964, p. 237-258, réimpr. in *id.*, *Essais de théorie du droit*, Bruxelles/Paris, Bruylants/LGDJ, 1998, p. 89-103 ; J. JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.* [n. 6], p. 71-383.

⁸ W.V.O. QUINE, *Word and Object*, Cambridge, MIT Press, 1960, trad. fr. J. Dopp, P. Gochet [1977], *Le mot et la chose*, Paris, Flammarion, 1999, p. 185-196, spéc. p. 185.

⁹ J. BRIGHAM, *Constitutional Language. An Interpretation of Judicial Decision*, London, Greewood Press, 1978, p. 15-35, spéc. p. 23.

¹⁰ P.-J.-E. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2^{nde} éd., Paris, LGDJ, 1926, p. 388, n. 1. À rapprocher de la « règle d'absurde » qui fonde, en particulier en droit international et en droit de l'Union européenne, l'exigence de préserver l'« effet utile » des énoncés normatifs : voir par ex. D. BELLOS, *L'interprétation du droit international conventionnel et le principe de l'effet utile des traités*, thèse, droit, Paris, 1953, p. 49 ; R. ORMAND, *La notion de "l'effet utile" des traités communautaires dans la jurisprudence de la CJCE*, thèse, droit, Paris I, 1975, spéc. p. 11 ; D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, p. 335-349.

non ambigu –, comme dans le code civil italien¹¹ ou dans le code civil espagnol¹², soit en limitant le recours à une méthode d'interprétation donnée aux seuls énoncés indéterminés, comme dans le code de droit canonique¹³.

En deuxième lieu, en l'absence d'une telle norme juridique prescrivant explicitement un tel recours à l'intention, il est possible que les interprètes authentiques d'un énoncé normatif prennent appui sur une norme plus générale pour fonder juridiquement leur recours à l'intention. L'article 4 du code civil français, qui fait interdiction aux juges de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », pourrait ainsi servir de support au recours à l'intention face à la loi obscure ou insuffisante, car ambiguë.

En troisième lieu, les interprètes, et en particulier les juges, recourent parfois à l'intention sans fondement normatif explicite.

Pour faire face à l'hypothèse dans laquelle un ordre juridique comprend un énoncé normatif ambigu sans que ne soit fixée par avance une méthode d'interprétation singulière, trois méthodes sont couramment distinguées dans différents ouvrages contemporains relatifs à l'argumentation et à l'interprétation juridiques – par exemple en France¹⁴, en Australie¹⁵ ou en Nouvelle-Zélande¹⁶ – en les confrontant parfois à certains enseignements des théories du langage – ainsi en Italie¹⁷, en Allemagne¹⁸ ou en Amérique latine¹⁹.

¹¹ Code civil italien, art. 12, al. 1^{er} (ancien art. 3, al. 1^{er}) ; trad. fr. H. Prudhomme, *Code civil italien promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1866*, Paris, Pedone, 1896, p. 3 : « [on] ne peut, en appliquant la loi, lui attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, d'après la connexion existant entre eux, et l'intention du législateur ».

¹² Code civil espagnol, art. 3, al. 1^{er} ; trad. fr. J. M. Castan-Vasquez, « La réforme du titre préliminaire du code civil espagnol », *RIDC*, vol. 26, 1974, p. 835-844, p. 839 : « les normes s'interprètent selon le sens propre de leurs mots, en rapport avec le contexte, les précédents historiques et législatifs, et la réalité sociale du moment auquel elles seront appliquées, tenant compte fondamentalement de leur esprit et de leur but ».

¹³ Code de droit canonique, 1983, canon 17 : « [les] lois ecclésiastiques doivent être comprises selon le sens propre des mots dans le texte et le contexte ; si le sens demeure douteux et obscur, il faut recourir aux lieux parallèles s'il y en a, à la fin et aux circonstances de la loi, et à l'esprit du législateur ».

¹⁴ Voir par ex. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 281 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 388-390.

¹⁵ Voir par ex. K.H. GIFFORD, D.J. GIFFORD, *How to Understand an Act of Parliament*, 6^e éd., Sydney, The Law Book Company Limited, 1987, p. 95-99 ; P. HERZFELD, Th. PRINCE, S. TULLY, *Interpretation and Use of Legal Sources. The Laws of Australia*, Sydney, Thomson Reuters, 2013, p. 79-81 ; M. SANSON, *Statutory Interpretation*, Melbourne, OUP Australia & New Zealand, 2016, p. 62-70, 90-100.

¹⁶ Voir par ex. R.I. CARTER, *Burrows and Carter Statute Law in New Zealand*, 5^e éd., Wellington, LexisNexis NZ, 2015, p. 200-203.

¹⁷ Voir par ex. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 85-91 ; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, 2^e éd., Bologna, Zanichelli, 2011, p. 260.

La démarche « sémiotique²⁰ » ou « textualiste²¹ » prétend se limiter au sens transmis par l'énoncé lui-même, par exclusion du recours à l'intention de l'auteur de la norme²².

La démarche « génétique²³ » ou « intentionnaliste²⁴ » s'attache à reconstruire le sens subjectivement attaché à l'énoncé par son auteur, à la faveur d'une rétrospective intellectuelle.

La démarche « téléologique²⁵ » ou « purposive²⁶ » tend vers la reconstitution du but en direction duquel la norme semble avoir été adoptée.

Parmi ces trois méthodes, l'intentionnalisme, qui structure les conceptions les plus courantes de la norme juridique comme acte de communication procédant d'une volonté, tient une place de choix. Il s'agit de la matrice à partir de laquelle les deux autres méthodes sont généralement conçues. En effet, le téléologisme s'apparente à une forme particulière d'intentionnalisme qui en exclut d'autres, en se concentrant sur la cause finale de l'activité législative. Quant au textualisme, à l'inverse, il est principalement conçu par rejet de tout recours à l'intention. Comme le résume Oliver Wendell Holmes, « nous ne recherchons pas ce que l'assemblée avait à l'esprit ; nous nous demandons simplement ce que signifie la loi²⁷ ».

En dépit de cette place centrale, l'intentionnalisme a longtemps été perçu de façon imprécise. Il convient donc de le clarifier en se donnant pour

¹⁸ Voir par ex. K. LARENZ, C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., Berlin, Springer, 1995, p. 149-159 ; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 7^e éd., München, Beck, 1999, p. 52-57 ; B. RÜTHERS, Ch. FISCHER, A. BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9^e éd., München, Beck, 2016, p. 477-484.

¹⁹ Voir par ex. C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3^e éd., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941, p. 33-50 ; P.C. ESPINOZA, *Hermeneutica Legal*, Cuenca, Ecuador, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1995, p. 151.

²⁰ Voir M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, vol. 41, 1987, p. 75-91, p. 77-82 ; *id.*, *La philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 103-104 ; *id.*, « Interprétation », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 843-847, p. 844-845.

²¹ Voir B. BIX, « Legal Interpretation and the Philosophy of Language », in P.M. TIERSMAN, L.M. SOLAN (dir.), *The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 145-155, p. 154.

²² Voir F.H. EASTERBROOK, « Statutes' Domains », *U. of Chicago LR*, vol. 50, n° 2, 1983, p. 533-552 ; *id.*, « What does Legislative History tell us? », *Chicago-Kent LR*, vol. 66, n° 2, 1990, p. 441-450 ; *id.*, « Textualism and the Dead Hand », *George Washington LR*, vol. 66, n° 5-6, 1998, p. 1119-1126.

²³ Voir par ex. M. TROPER, « La signature des ordonnances... », art. cité [n. 20].

²⁴ Voir par ex. B. BIX, « Legal Interpretation and the Philosophy of Language », art. cité [n. 21].

²⁵ Voir par ex. L. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », *Revue juridique Thémis*, vol. 29, n° 2, 1995, p. 460-526.

²⁶ Voir par ex. A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton UP, 2005, p. XI-XII.

²⁷ O.W. HOLMES, « The Theory of Legal Interpretation », *Harvard LR*, vol. 12, n° 6, 1899, p. 417-420, p. 419.

objet les propositions couramment formulées à propos de cette méthode d'interprétation.

Un double choix est ici effectué.

Le premier consiste à se fonder principalement sur la littérature américaine. En effet, l'importance du recours aux travaux préparatoires afin de sonder l'intention du législateur aux États-Unis y conduit la doctrine à nourrir, depuis près d'un siècle, de riches débats sur cette pratique.

Le second choix consiste à se concentrer en particulier sur la question de l'interprétation législative – moins connue en France que les controverses sur l'« originalisme » constitutionnel²⁸, que le terme désigne les intentions originelles des rédacteurs de la Constitution²⁹ ou la signification publique originelle de ses termes³⁰.

Ces choix invitent à une précision, tenant aux différences de cultures juridiques entre la France et les États-Unis : la doctrine américaine distingue moins que ne le fait la doctrine française, d'une part, entre l'énoncé normatif et la norme juridique qui en est la signification, et d'autre part, entre le rédacteur de l'énoncé normatif – qui formule l'énoncé – et l'auteur de la norme juridique – qui lui confère sa portée juridique.

Afin de proposer une présentation critique des débats relatifs au recours à l'intention du législateur par l'interprète confronté à un énoncé législatif ambigu, deux perspectives sont ici adoptées. Il s'agit d'abord de clarifier le concept d'intention du législateur et les phénomènes qui lui sont habituellement rattachés (I), afin d'examiner et d'évaluer les arguments couramment invoqués à l'encontre ou au soutien du recours à l'intention du législateur pour dissiper l'ambiguïté d'énoncés législatifs (II).

²⁸ Pour une présentation de l'état actuel de cette doctrine, voir M. CARPENTIER, « Variations autour de l'originalisme », *RFDC*, vol. 107, 2016, p. 739-744.

²⁹ Voir R. BERGER, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard UP, 1977 ; R.H. BORK, « Tradition and Morality in Constitutional Law » [1984], in *id.*, *A Time to Speak. Selected Writing and Arguments*, Wilmington, ISI, 2008, p. 397-403. Voir également *id.*, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990, p. 69-100.

³⁰ Voir A. SCALIA, « Speech Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties. June 14, 1986 », in U.S. Dept. of Justice, *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, 1987, p. 106 ; *id.*, « Originalism. The Lesser Evil », *U. of Cincinnati LR*, vol. 57, n°3, 1989, p. 849-865 ; *id.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton UP, 1997. Voir également G. LAWSON, « Proving the Law », *Northwestern U. LR*, vol. 86, 1992, p. 859-904 ; R. BARNETT, « An Originalism for Nonoriginalists », *Loyola LR*, vol. 45, 1999, p. 611-654 ; K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, UP of Kansas, 1999 ; K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction. Divided Power and Constitutional Meaning*, Cambridge, Harvard UP, 2001 ; R. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton, Princeton UP, 2004 ; S. CALABRESI, *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, Regnery, 2007.

I. CLARIFICATION CONCEPTUELLE

Le concept d'intention du législateur mérite d'être clarifié, du fait des usages confus qui en sont souvent faits (A) et de la diversité des phénomènes auxquels il renvoie (B).

A. Des usages souvent confus

Le concept d'intention du législateur a fait l'objet d'usages divers, souvent confus. Une première étape dans la clarification de ce dernier consiste ainsi à reconnaître le défaut de neutralité de ses évocations doctrinales habituelles et à insister sur l'importance d'en contextualiser l'analyse, d'un point de vue tant géographique qu'historique.

1. Un défaut de neutralité

Une première cause de confusion procède du fait que le concept d'intention du législateur est rarement appréhendé de façon neutre lors des évocations qui en sont couramment faites par la doctrine. Soit il est utilisé à des fins prescriptives, et son analyse est alors teintée par l'objectif qui lui est attaché, soit il est utilisé à des fins descriptives, mais il est alors fréquemment considéré de façon superficielle.

La démarche *prescriptive* consiste à en vanter les mérites, dans une double perspective.

La première, simplement instrumentale, revient à proposer à l'interprète – en particulier au plaideur et au juge – un type d'argument susceptible de convaincre, d'emporter l'adhésion en faveur d'une interprétation donnée de l'énoncé ambigu. Dans la continuité de la topique juridique antique, des ouvrages proposent ainsi des listes de « brocards » dans la tradition continentale, ou de « canons d'interprétation » (*canons of construction*³¹) dans la tradition de *common law*, parmi lesquels le recours à l'intention trouve généralement une place de choix. Ces derniers fleurissent à diverses époques en Angleterre³² et aux États-Unis³³ – mais aussi en France³⁴, en Belgique³⁵ et en Allemagne³⁶.

³¹ Dans la tradition juridique anglo-saxonne, il est courant de distinguer l'interprétation comme détermination de la signification abstraite de l'énoncé normatif (*interpretation*) et l'interprétation comme détermination des effets juridiques la norme (*construction*).

³² Voir par ex. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], Oxford, OUP, 2016, t. 1, p. 45-47 [59-62] ; P.B. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, 1^e éd., London, Maxwell & Son, 1875, p. 18.

³³ Pour une présentation et une critique fameuses de ces « canons », dont l'un peut relativiser l'autre, voir K.N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed », *Vanderbilt LR*, vol. 3, n° 3, 1950, p. 395-406.

³⁴ Voir par ex. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2^{nde} éd., Paris, Auboüin, Emery & Clouzier, 1697, t. 1, p. 92 ; H. DE SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire...*, op. cit. [n. 2] ; F. BERRIAT SAINT-PRIX, *Manuel de logique juridique à l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats, et de tous ceux qui traitent des ques-*

La seconde perspective repose sur une prétention plus lourde, à caractère ontologique. Certains auteurs de la doctrine universitaire ou organique prescrivent le recours à l'intention du législateur, à l'exclusion de toute autre méthode, comme permettant seul d'accéder au sens véritable de l'énoncé douteux.

Deux approches sont alors privilégiées, selon les conséquences attachées à l'intention.

Par « intentionnalisme structurel », il est proposé de désigner la position consistant à assimiler la norme juridique, quelles que soient les qualités de l'énoncé normatif, à l'intention qui a présidé à la formulation de l'énoncé normatif³⁷ – que la signification soit placée dans l'intention elle-même³⁸, dans le texte éclairé par l'intention supposée³⁹ ou dans l'interprétation du « lecteur » comme capacité à identifier cette intention⁴⁰. La normativité de l'énoncé procèderait de l'intention de l'auteur de la norme dont elle est le support, si bien qu'il conviendrait de privilégier l'intention au détriment de la signification apparente de l'énoncé, et non pas seulement lorsque l'énoncé se révèle ambigu⁴¹. Cette conception repose sur la croyance, résumée par le juriste germano-américain Francis Lieber, selon laquelle « l'interprétation est l'art de découvrir le sens véritable de toute forme de mots – à savoir le sens que leur auteur a essayé de transmettre –, et de permettre aux autres d'inférer de ces derniers la même idée que l'auteur a eu l'intention de transmettre⁴² ».

tions de droit. *Guide pour les thèses*, Paris, Cotillon, 1855, p. 32-35 ; P.-J.-E. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2^{nde} éd., Paris, LGDJ, 1926, pp 385-387. Voir également M. VILLEY, « Modes classiques d'interprétation du droit », *APD*, vol. 17, 1972, p. 71-88, spé. p. 76-81.

³⁵ Voir par ex. H. SPRUYT, *Introduction à la dialectique légale, ou exposition sommaire des principaux arguments admis en jurisprudence*, Bruxelles, Rameau, 1814, p. 78-82 ; P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk Fils, 1907, p. 138-143.

³⁶ Voir F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Berlin, Veit, t. 1, 1840, trad. fr. Ch. Guenoux, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot, 1840, t. 1, p. 216-224 [§35-36].

³⁷ Voir par ex. J.G. SUTHERLAND, *Statutes and Statutory Construction*, 1^{re} éd., Chicago, Callaghan & C°, 1891, p. 309-311.

³⁸ Voir par ex. S. KNAPP, W. BENN MICHAELS, « Not a Matter of Interpretation », *San Diego LR*, vol. 42, n° 2, 2005, p. 651-668.

³⁹ Voir par ex. J. GOLDSWORTHY, « Moderate versus Strong Intentionalism: Knapp and Michaels Revisited », *San Diego LR*, vol. 42, n° 2, 2005, p. 669-684.

⁴⁰ Voir S. FISH, « There is No Textualist Position », *San Diego LR*, vol. 42, n° 2, 2005, p. 629-650.

⁴¹ Une autre conséquence parfois défendue est que si cet objectif est la raison d'être de la loi, sa disparition doit emporter disparition de la loi elle-même. Voir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], Oxford, OUP, 2016, t. 1, p. 45-47 [58-61].

⁴² F. LIEBER, *Legal and Political Hermeneutics, or Principles of Interpretation and Construction*, in *Law and Politics*, Boston, Little & Brown, 1839, p. 23.

Par « intentionnalisme ponctuel », il convient alors d'entendre, par contre, la position consistant à ne juger pertinent le recours à l'intention que dans le cas où l'énoncé normatif est indéterminé, et en particulier ambigu. Il n'est pas besoin d'attacher à l'intention une vertu absolue – fonder la norme juridique, donc mériter de prévaloir en toute circonstance sur d'autres méthodes d'interprétation – pour lui reconnaître un intérêt relatif – dissiper l'ambiguïté d'un énoncé.

Cette démarche prescriptive présente l'inconvénient de ne pas conduire à un examen neutre du concept d'intention du législateur : il s'agit alors toujours d'en promouvoir l'usage à certaines fins.

Au second degré, certains auteurs ont adopté une démarche *descriptive*, se donnant pour objet non plus l'intention du législateur, mais les usages du recours à cette dernière. Il s'est alors agi de porter sur le recours à l'intention du législateur un regard extérieur, plus ou moins critique. En particulier, dans le sillon des différents mouvements doctrinaux de remise en cause du formalisme qui naissent à l'articulation des XIX^e et XX^e siècles – « libre recherche scientifique » en France⁴³, « droit libre » en Allemagne et en Autriche⁴⁴, « théorie du droit sociologique » aux États-Unis⁴⁵ – la réflexion doctrinale s'intéresse à la contrainte – ou à l'absence de contrainte – que fait peser sur le juge l'énoncé normatif indéterminé et à la ressource que constitue le recours à l'intention de l'auteur de la norme dont il est le support.

2. Un défaut de contextualisation géographique

Une deuxième cause de confusion procède de la tendance parfois manifestée par la doctrine, en particulier de théorie du droit, à ne pas contextualiser géographiquement ses propositions relatives au recours à l'intention du législateur. Pourtant, ces dernières ne peuvent être conçues dans les mêmes termes dans toutes les traditions juridiques.

Un exemple permet d'en prendre la mesure. Les travaux préparatoires – ou « l'histoire législative » dans les pays anglo-saxons – sont couramment présentés comme permettant d'accéder à l'intention du législateur. Or, les

⁴³ Voir par ex. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], 2^{nde} éd., Paris, LGDJ, 1919, t. 1, p. 32, 51-53.

⁴⁴ Voir par ex. E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903, réimpr. Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1987, p. 17.

⁴⁵ Voir par ex. O.W. HOLMES Jr., « The Path of the Law », *Harvard LR*, vol. 10, n° 8, 1897, réimpr. vol. 110, n° 5, 1997, p. 991-1009, p. 1001 ; R. POUND, « Spurious Interpretation », *Columbia LR*, vol. 7, n° 6, 1907, p. 379-386, spéci. p. 381 ; *id.*, « Common Law and Legislation », *Harvard LR*, vol. 21, n° 6, 1908, p. 383-407, p. 397-398 ; *id.*, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia LR*, vol. 8, 1908, p. 605-623, p. 617 ; B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, 1921, p. 15-17, trad. fr. G. Calvès, *La nature de la décision judiciaire*, Paris, Dalloz, 2011, p. 27-29. Voir également F. SCHAUER, « Legal Realism Untamed », *Texas LR*, vol. 91, 2013, p. 749-780 ; pour une présentation générale en français, voir F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2001.

cultures juridiques invitent à considérer ces travaux avec une plus ou moins grande importance, comme le révèle une opposition longtemps frappante entre le Royaume-Uni et les États-Unis.

Un refus de principe est longtemps affirmé au Royaume-Uni, où l'on considère que l'intention doit être recherchée dans le texte et dans le contexte plus large d'adoption de la loi, mais non dans ce que l'on peut reconstituer des débats préalables à sa fixation définitive. Le contexte mérite d'être scruté, comme l'exprime Lord Blackburn dans la décision *River Wear Commissioners v. Adamson* de 1877. Si « dans toutes les affaires, l'objet est de voir quelle est l'intention exprimée par les mots utilisés », il faut, « du fait de l'imperfection du langage », mener des « recherches plus approfondies » fondées sur « les circonstances auxquelles les mots utilisés ont fait référence », dès lors que « la signification du mot varie en fonction des circonstances en considération desquelles ils ont été utilisés⁴⁶ ».

En revanche, les travaux préparatoires ne sauraient être utilisés comme indice permettant d'accéder à l'intention. Certes, comme le note Walter Bagehot pendant l'ère victorienne, « la nation examine bien, en général, les débats parlementaires afin qu'ils l'éclairent sur les effets des lois⁴⁷ ». Mais les juridictions s'y refusent alors – ce qui, selon Albert Dicey, contribue « à l'autorité des juges et à la fixité de la loi⁴⁸ ».

Avant qu'elle ne soit assouplie à la fin du XX^e siècle, au Royaume-Uni⁴⁹ et au Canada⁵⁰, cette règle d'exclusion des travaux préparatoires réduit la recherche de l'intention de l'auteur de la norme à ce qu'en laisse paraître l'énoncé normatif lui-même.

Le contraste avec les États-Unis est frappant. Les débats sur le recours aux travaux préparatoires y sont riches. De nombreux manuels d'interprétation législative⁵¹ y font une place importante, et la banalisation

⁴⁶ *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877) 2 App Cas 743.

⁴⁷ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 2^e éd., London, King & C°, 1872, p. xv.

⁴⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., London, Macmillan and C°, 1927, p. 403-404.

⁴⁹ Cette règle a été atténuée au Royaume-Uni par la décision *Pepper : Derek Pepper v. John Hart*, House of Lords for the United Kingdom, 1992 [1992] 3 W. L. R. 1032, [1993] 1 All E.R. 42. Voir J.J. BRUDNEY, « The Story of *Pepper v. Hart* (1992): Examining Legislative History Across the Pond », in W.N. ESKRIDGE, Ph.P. FRICKEY, E. GARRETT (dir.), *Statutory Interpretation Stories*, New York, Foundation Press, 2011, p. 258-294.

⁵⁰ Voir par ex. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Québec, éd. Yvons Blais, 1990, p. 402-418 ; G. BALE, « Parliamentary Debates and Statutory Interpretation. Switching on the Light or Rummaging in the Ashcans of the Legislative Process », *Canadian Bar Review*, vol. 74, n° 1, 1995, p. 1-28 ; J. SIMARD, « L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique », *Revue juridique Thémis*, vol. 35, n° 3, 2001, p. 549-661, p. 585-590.

⁵¹ Voir par ex. Th. SEDGWICK, *A Treatise on the Rules Which Govern the Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law*, 2^e éd., New York, Baker, Voorhis & C°, 1874, p. 191-195 ; J.P. BISHOP, *Commentaries on the Written Laws and Their Interpretation*, Boston, Little & Brown, 1882, p. 57-62 ; J.G. SUTHERLAND, *Statutes and Statutory Construction*, op. cit. [n. 37], p. 309-311 ; H.C. BLACK, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, Saint Paul, West Publishing C°, 1896, p. 41 ; E.T. CRAWFORD, *The Construction of Statutes*, Saint Louis, Thomas, 1940, p. 249 ; F.J. McCAFFREY, *Statu-*

de la référence à ce matériau dans les décisions de justice aux États-Unis⁵² suscite au Canada, plus proche de la tradition britannique à cet égard, le quolibet selon lequel « aux États-Unis, lorsque les travaux préparatoires sont ambigus, il est permis de se référer au texte de la loi⁵³ ». L'usage distinct des travaux préparatoires aux États-Unis et au Royaume-Uni – la France ayant choisi, à cet égard, une position intermédiaire⁵⁴ – conduit à ce que le recours à l'intention du législateur y soit conçu différemment.

Dès lors que le choix est ici fait de se concentrer principalement sur les États-Unis, il convient de replacer la question du recours à l'intention du législateur dans la culture juridique américaine, en reconnaissant d'emblée que cette dernière a connu, sur ce point, plusieurs évolutions historiques majeures.

3. Un défaut de contextualisation historique

Une troisième cause de confusion procède d'une tendance à aplanir l'analyse du concept d'intention du législateur, sans prendre en compte le contexte historique dans lequel il est employé. Cela pose plusieurs difficultés, en particulier aux États-Unis. En effet, les controverses sur le recours à l'intention du législateur dans la doctrine américaine n'ont pas eu la même portée à différentes époques, du fait des circonstances dans lesquelles elles ont pris place.

Une première manière d'en rendre compte consiste à examiner la tendance politique de fond de la Cour suprême dans certaines de ses compositions. Il est courant, aux États-Unis, d'interpréter le recours plus ou moins aisément à l'intention du législateur à l'aune de préférences politiques générales – conservatisme ou progressisme – ou de préférences en matière de politique juridique – liberté plus ou moins grande de l'interprète. Il a ainsi pu être noté que, depuis la Seconde Guerre mondiale, la Cour suprême des États-Unis a globalement privilégié le téléologisme, dérivé de l'intentionnalisme, dans ses formations principalement progressistes – sous les présidences de Fred Vinson puis d'Earl Warren (1946-1969) –, et le tex-

tory Construction. A Statement and Exposition of the General Rules of statutory Construction, New York, Central Book Company, 1953, p. 1 ; E. ELHAUGE, *Statutory Default Rules. How to Interpret Unclear Legislation*, Cambridge, Harvard UP, 2008, p. 115-134 ; M.A. BERTH, R. WHITE BERTH, R.S. SPRITZER, J.J. BERTH, *Introduction to Legal Method and Process. Cases and Materials*, 5^e éd., Saint Paul, West, 2010, p. 403-406.

⁵² Voir J.L. CARRO, A. R. BRANN, « The U.S. Supreme Court and the Use of Legislative Histories: A Statistical Analysis », *Jurimetrics J.*, vol. 22, n° 2, 1982, p. 294-303, p. 298-302 ; D.S. LAW, D. ZARING, « Law versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History », *Mary and Mary LR*, vol. 51, n° 5, 2010, p. 1653-1747.

⁵³ R. DICKERSON, *The Interpretation and Application of Statutes*, Boston, Little & Brown, 1975, p. 164.

⁵⁴ Sur la Cour de cassation, voir H. CAPITANT, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », *Mélanges F. Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. 2, p. 204-216, spéc. p. 208-210 ; pour une critique de la rareté de cet usage d'un point de vue pratique, voir par ex. P.-J.-E. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2^{nde} éd., Paris, LGDJ, 1926, p. 387. Sur le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, voir par ex. V. CHAMPEIL-DESPLOTS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit. [n. 14], p. 389.

tualisme, conçu par rejet de l'intentionnalisme, dans ses formations plus conservatrices – sous les présidences de Warren Burger, de William Rehnquist puis de John Roberts (depuis 1969)⁵⁵. Cette approche, qui ne permet pas de rendre compte des positions adoptées par les juges à une échelle fine⁵⁶, présente en outre l'inconvénient de ne pas prendre en considération un mouvement historique plus profond.

Une seconde approche mérite alors d'être privilégiée, en examinant l'évolution relative du législateur lui-même dans la configuration institutionnelle et juridique de son temps. Les controverses américaines sur le recours à l'intention du législateur ont été marquées par l'intrusion progressive du législateur puis des autorités administratives (*agencies*) dans le rapport traditionnel entre le juge et les justiciables américains.

Cette évolution, qui constitue la toile de fond des débats ici analysés, s'est articulée en trois principales périodes.

Pendant la première, le développement des lois (*statutes*), certes temporairement contrecarré par la tendance de la Cour suprême à invalider nombre de celles qui ont été adoptées en matière de régulation économique et sociale pendant l'ère *Lochner*⁵⁷, pousse les juges américains à adapter les méthodes du *common law*. Lorsqu'en 1930, une controverse oppose Max Radin, professeur à Berkeley, et James Landis, professeur à Harvard et futur légiste du New Deal, sur le recours à l'intention du législateur, l'interprétation des lois est devenue un véritable enjeu, bientôt accru par les lois du New Deal. Six ans plus tard, Harlan F. Stone, alors juge à la Cour suprême, invite, dans un discours prononcé à l'école de droit de Harvard, à adapter les techniques du *common law* à ces lois, en défendant que tout comme les motifs de précédentes décisions éclairent sur le sens du *common law*, l'exposé des motifs et les travaux préparatoires permettent d'éclairer le sens des lois⁵⁸.

La deuxième période, qui va du New Deal aux années 1980, est caractérisée par un déclin relatif du *common law* à la faveur du développement quantitatif et qualitatif des lois. Il ne s'agit plus alors seulement pour les juges d'adapter les méthodes du *common law*, mais de tirer les consé-

⁵⁵ Voir D.S. LAW, D. ZARING, « Law versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History », art. cité [n. 52], p. 1653-1747 ; G. BHATIA, « The Politics of Statutory Interpretation. The Hayekian Foundations of Justice Antonin Scalia's Jurisprudence », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 42, n° 3, 2015, p. 535-555. Voir également les arguments diffusés par l'administration Reagan contre le recours à l'intention : United States Department of Justice, Office of Legal Policy, *Using and Misusing Legislative History. A Re-Evaluation of the Status of Legislative History in Statutory Interpretation*, January 5, 1989.

⁵⁶ Pour une critique d'une réduction équivalente en matière constitutionnelle, voir J.H. ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard UP, 1980, p. 1-2.

⁵⁷ U.S. Supreme Court, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), trad. fr. E. Zoller in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 141-151.

⁵⁸ H.F. STONE, « The Common Law in the United States », *Harvard LR*, vol. 50, n° 1, 1936, p. 4-26, p. 15.

quences du mouvement de « législativisation » (*statutorification*) du droit américain identifié au début des années 1980 par Guido Calabresi⁵⁹. Révélateur de ce mouvement est le manuel majeur publié en 1958 par Henry M. Hart et Albert M. Sacks, *The Legal Process*. Ces derniers y défendent une interprétation dynamique des lois⁶⁰ et une méthode téléologiste consistant à privilégier l'objectif de la loi au détriment des travaux préparatoires s'ils paraissent entrer en conflit⁶¹. Cette évolution peut se comprendre comme une réponse au doute suscité par la disparition progressive du *common law* dans son sens traditionnel – pendant longtemps, les juridictions, disposant d'une compétence générale, tranchaient les litiges au cas par cas, en articulant progressivement les principes sans que le législateur n'intervienne à titre principal. La prise en compte du but du législateur doit permettre au juge d'interpréter les lois d'une façon aussi dynamique que celle selon laquelle il interprétait auparavant le *common law*.

La troisième période est marquée par la révolution *Chevron* et par le surgissement des autorités administratives (*agencies*) dans le rapport entre les juges et les lois. En 1984, une décision de la Cour suprême⁶² confère à ces autorités un rôle central dans l'interprétation des lois. Lorsqu'une loi oblige une autorité administrative à agir d'une certaine manière, les juridictions doivent s'en remettre (*defer*) aux interprétations de cette loi par les autorités administratives, à moins qu'elles ne soient manifestement déraisonnables. Aujourd'hui contestée⁶³, cette jurisprudence modifie structurellement le rapport entre le juge et la loi. Auparavant, les juridictions intervenaient au moins partiellement *ex ante*, dans la mesure où elles contribuaient à faire évoluer les règles applicables en tranchant les litiges. Elles interviennent désormais en grande partie *ex post*, après que le législateur et les autorités administratives ont donné leur interprétation. Dans ce contexte nouveau, le juge américain joue un rôle d'aiguilleur, en répartissant les capacités décisionnelles entre les organes de l'État, et il tente de donner de la cohérence à un ensemble dont la qualité formelle tend, en outre, à se dégrader – lois riches fondées sur des travaux préparatoires contradictoires, interprétations problématiques de la part des autorités administratives. La détermination de l'intention du législateur n'est alors plus l'apanage du juge⁶⁴. Le recours à cette intention prend une signification nouvelle.

⁵⁹ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard UP, 1982, spéc. p. 1.

⁶⁰ Voir H.M. HART, A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law* [1958], Westbury, Foundation Press, 1994, p. 148 ; Voir également W.N. ESKRIDGE, Ph.P. FRICKEY, « The Making of “The Legal Process” », *Harvard LR*, vol. 107, n° 8, 1994, p. 2031-3055, spéc. p. 2033-2038.

⁶¹ Voir H.M. HART, A.M. SACKS, *The Legal Process...*, op. cit. [n. 60], p. 1379.

⁶² U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984), trad. fr. partielle E. Zoller in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit. [n. 57], p. 189-191.

⁶³ Voir par ex. Ph. HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago, U. of Chicago Press, 2014.

⁶⁴ Pour une défense de l'interprétation différenciée d'une même loi par l'administration et par les juges, voir J.L. MASHAW, « Norms, Practices, and the Paradox of Deference: A Pre-

Cette trajectoire historique mouvementée rend d'autant plus importante l'entreprise de recontextualisation des réflexions sur le concept d'intention du législateur. Avec la prise en compte des singularités du droit américain et la recherche d'une certaine neutralité doctrinale dans l'appréhension de ce concept, elle permet d'analyser ce dernier dans de bonnes conditions. Il est alors possible de distinguer les principaux phénomènes auxquels il renvoie dans le langage juridique.

B. Des phénomènes distincts

Lorsqu'il est accolé à un énoncé normatif, le terme « intention » est utilisé, en droit, pour définir des objets fort différents⁶⁵. S'ajoute une difficulté : plus que d'autres phénomènes, ceux qui sont rattachés au concept d'intention du législateur sont souvent fuyants, du fait des propriétés reconnues à l'intention en général. En effet, comme l'a établi le philosophe Donald Davidson⁶⁶, l'intention ne peut jamais être évaluée que conformément à une description donnée de cette dernière. Soit une personne qui allume sa lampe de chevet et qui, sans avoir perçu sa présence, effraie ainsi un cambrioleur qui rebrousse chemin. Il n'y a pas de sens à s'interroger sur le caractère intentionnel de son action en général, et la réponse diffère selon la question posée – avait-il l'intention d'allumer la lumière ? avait-il l'intention de faire fuir le cambrioleur ? Afin d'affiner la compréhension des phénomènes couramment rattachés à l'intention du législateur dans le langage juridique, il est utile de les présenter (1) et de les évaluer (2).

1. Les phénomènes rattachés à l'intention du législateur

Les débats sur le recours à l'intention du législateur face à un énoncé normatif ambigu mêlent souvent, derrière le même terme, trois principaux phénomènes qui peuvent s'appliquer aussi bien à l'auteur de la norme qu'au rédacteur de l'énoncé qui en est le support, même si leur portée n'est pas alors toujours la même. Il convient de les présenter brièvement. Ils sont ici nommés intention-volonté (a), intention-signification (b) et intention-objectif (c).

a. L'intention-volonté

Le premier phénomène peut être qualifié d'*intention-volonté* (a.)

Il correspond à une volonté normatrice initiale, fondée sur une habilitation. Il repose sur un présupposé : le contenu de l'énoncé normatif est au moins partiellement dépendant de l'intention qui a présidé à l'adoption de la

liminary Inquiry into Agency Statutory Interpretation », *Administrative LR*, vol. 57, n° 2, 2005, p. 501-542. Cela complexifie l'interprétation « dynamique » de la loi, voir W.N. ESKRIDGE Jr., J. FEREJOHN, *A Republic of Statutes. The New American Constitution*, Hew Haven, Yale UP, 2010, p. 254-302.

⁶⁵ Voir J.M. LANDIS, « Statutory Interpretation », *Harvard LR*, vol. 43, n° 6, 1930, p. 886-893, p. 888 ; G.C. MACCALLUM, « Legislative Intent », in R.S. SUMMERS (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley, U. of California Press, 1968, p. 237-273.

⁶⁶ D. DAVIDSON, « Actions, Reasons, and Causes », in *Essays on Actions and Events*, 2^{nde} éd., Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 3-19, spéc. p. 4-5.

norme dont il est le support. Ce présupposé se fonde sur une considération tenant à la communication en général – la représentation de tout énoncé comme véhicule d'une intention communicative – et sur une propriété reconnue à la normativité juridique – la représentation de l'énoncé normatif comme véhicule d'une intention normative.

L'intention-volonté se compose de deux principales dimensions.

La première ($a^1.$), minimale, est l'intention d'adopter une norme juridique, fondée sur un énoncé – partant, que cet énoncé ait une signification.

La seconde ($a^2.$) est l'intention de fonder une même norme sur un énoncé précis – l'intention collective d'adopter la même norme en fixant un énoncé donné ou en adoptant la norme dont il est le support.

Dans cette perspective, l'intention-volonté fonde l'activité normatrice, comprise comme le processus consistant, pour un locuteur habilité à cette fin, à chercher à imposer à des interlocuteurs une norme dont il est attendu de leur part qu'ils reconnaissent cette qualité de norme.

La célèbre définition proposée par Hans Kelsen de la norme comme « signification (*Sinn*) d'un acte de volonté » conduit à placer cette intention-volonté ($a.$), en tout cas dans sa première forme ($a^1.$), au fondement de la normativité⁶⁷. En revanche, il insiste sur l'impossibilité d'en inférer une conception plus large assimilant la norme à l'intention qui lui a donné naissance, ce qui explique qu'il attache moins de poids à l'intention collective d'adopter une même norme donnée sur un énoncé précis donné ($a^2.$) : « une loi à caractère obligatoire ne peut être un acte mental, la volonté des individus qui la créent, même si un acte de volonté réel est nécessaire pour faire une loi⁶⁸ ».

En somme, l'intention-volonté ($a.$) correspond principalement à une hypothèse de pensée qui détermine l'arrière-plan sur le fondement duquel s'effectue la communication juridique.

b. L'intention-signification

Le second phénomène peut être qualifié d'*intention-signification* ($b.$)

Il porte sur la substance de la norme juridique, sur la signification intentionnellement attachée à l'énoncé par son auteur – que la théorie du langage désigne comme l'intention communicative du locuteur, « *speaker's meaning* ». Elle constitue un étalon à partir duquel sont implicitement conçues les théories de l'interprétation, auquel elles attachent une plus ou moins grande importance.

Deux principales dimensions peuvent en être conçues.

La première ($b^1.$) est la signification intentionnellement insérée dans l'énoncé, la norme vue par son auteur.

⁶⁷ Pour une analyse détaillée, voir O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, vol. 28, 1999, p. 83-98.

⁶⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, New York, Russell & Russell, 1945, trad. fr. B. Laroche, V. Faure, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylants/LGDJ, 1997, p. 84.

La seconde (*b²*) est la signification telle que son auteur à l'intention qu'elle soit reconstituée à l'avenir.

Dans ces deux dimensions, l'intention-signification (*b.*) fonde la « thèse de la fixation » (*fixation thesis*) formulée par Lawrence B. Solum en matière constitutionnelle, selon laquelle « la signification du texte [...] est fixée au moment où chacune de ses dispositions est rédigée et adoptée⁶⁹ » – les divergences portant principalement sur les conditions d'identification de cette signification originelle, et sur le degré de contrainte que cette signification originelle fait peser sur les interprètes ultérieurs.

c. L'intention-objectif

Le troisième phénomène peut être qualifié d'*intention-objectif* (*c.*)

Il convient d'en analyser les deux principales dimensions.

La première (*c¹*) est l'intention que telle norme donnée s'applique à l'avenir à telle activité particulière – ce que Mark Greenberg nomme « intention tournée vers l'application⁷⁰ » (*application intention*).

La seconde (*c²*) est l'intention que cette norme, à l'avenir, permette d'atteindre certains objectifs, parmi d'autres possibles, qu'elle permette de répondre d'une certaine manière à telle question concrète posée à l'interprète à l'avenir. Cet élément est souvent assimilé à l'objectif (*purpose*) de l'auteur de la norme, ou à la *ratio juris*, sur lesquels insistent les défenseurs du téléologisme⁷¹ – qui n'est, à ce titre, qu'une forme parmi d'autres d'intentionnalisme.

Cette intention n'est jugée utile que par une partie limitée de la doctrine.

Kelsen juge, par exemple, qu'elle doit être écartée à un double titre.

D'une part, sa théorie ne saurait procéder que « du contenu des normes juridiques positives », si bien qu'elle ne peut être « influencée par les motifs et les intentions des autorités législatrices » que « dans la mesure où ces motifs et ces intentions [...] trouvent leur expression dans la loi elle-même⁷² ».

D'autre part, il évalue sévèrement le recours à l'intention de l'auteur de l'énoncé normatif comme toutes les autres « soi-disant méthodes d'interprétation », qui ne sauraient, dans le silence du système normatif sur ce point, prévaloir sur les autres – il revient alors à l'interprète authentique

⁶⁹ Voir L.B. SOLUM, « The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning », *Notre Dame LR*, vol. 91, n° 1, 2015, p. 1-78, spéc. p. 22-23.

⁷⁰ Voir M. GREENBERG, « The Moral Impact Theory, the Dependence View, and Natural Law », in G. DUKE, R.P. GEORGE (dir.), *Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge, CUP, 2017, p. 275-313, p. 302-303, n. 53.

⁷¹ Pour une assimilation de l'intention au « but subjectif » – l'intention subjective – et au « but objectif » – l'intention d'un auteur raisonnable, voir A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton UP, 2005, p. 120, 148, 397.

⁷² H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, Deuticke, 1960, trad. fr. Ch. Eisenmann, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, Institut Kelsen, 1962, réimpr. Bruxelles/Paris, Bruylants/LGDJ, 1999, p. 45-46.

de trancher, parmi les différentes interprétations possibles d'un même énoncé⁷³.

En somme, il est possible de considérer que l'adoption d'une norme juridique s'explique pour son auteur par son intention (*a.*) de faire reconnaître au destinataire son intention de conférer à l'énoncé une certaine signification (*b.*), reflet de son intention plus large qu'elle soit appliquée à l'avenir (*c¹.*) à une certaine fin (*c².*).

Une fois distingués ces trois types de phénomènes assimilés à l'intention du législateur, il convient de les évaluer.

2. Évaluation des phénomènes rattachés à l'intention du législateur

Ces phénomènes méritent d'être évalués à un double égard.

En premier lieu, ils sont plus ou moins couramment recherchés. Le rôle qui leur est reconnu n'est pas d'une égale importance.

L'intention-volonté (*a.*) est généralement supposée dès lors que les procédures de production de la disposition normative ont été respectées, elle est simplement postulée lors de l'interprétation de tous les énoncés normatifs, au nom d'un présupposé de sérieux de l'auteur de la norme juridique. Il s'agit simplement d'un dogme d'arrière-plan partagé dans la communication juridique. Comme l'écrit Scott Shapiro⁷⁴, si un système juridique contient une disposition normative aux termes de laquelle la règle lue devant les députés devient une loi dès lors qu'une majorité d'entre eux a affirmé « Pour » après sa lecture, la procédure prive d'intérêt la recherche de l'intention-volonté des députés qui ont affirmé « Pour ». Peu importe au demeurant que les députés n'aient pas eu l'intention d'adopter une loi en agissant ainsi (*a¹.*), ou qu'une même signification soit attachée aux énoncés à propos desquels ils ont respecté les règles de production d'une loi (*a².*). En somme, cette intention révèle peu sur l'adoption de la norme et elle contraint peu l'interprète⁷⁵.

L'intention-signification (*b.*) est souvent recherchée, avec l'espoir nourri de l'atteindre et d'éclairer ainsi l'interprétation de l'énoncé, tout comme l'intention-objectif (*c.*), même si la quête de cette dernière est souvent plus difficile.

En second lieu, ces intentions sont d'une utilité inégale pour l'interprète qui souhaite dissiper l'ambiguïté d'un énoncé.

L'intention-volonté (*a.*) est de peu d'intérêt dans cette perspective. L'intention générale d'adopter une norme juridique donnée ne dit en effet

⁷³ Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. [n. 72], p. 338-339 ; id., « Zur Theorie der Interpretation », *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, vol. 8, 1934, trad. angl. B.L. Paulson, S.L. Paulson, « On the Theory of Interpretation », *Legal Studies*, vol. 10, n° 2, 1990, p. 127-135, spéç. p. 129-131.

⁷⁴ S.J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge, Harvard UP, 2011, p. 211.

⁷⁵ Voir J. RAZ, « Intention in Interpretation », in R.P. GEORGE (dir.), *The Autonomy of Law*, Oxford, OUP, 1996, p. 249-286, réimpr. in J. RAZ, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, OUP, 2009, p. 265-298, p. 284.

rien du contenu de la norme juridique. Cette première forme d'intention ne permet donc de dissiper une ambiguïté que si cette dernière porte sur la normativité même de l'énoncé. Or, le plus souvent, l'ambiguïté ne porte pas sur le caractère normatif ou non-normatif de l'énoncé, mais sur la signification de l'énoncé d'emblée postulé comme étant normatif.

L'intention-signification (*b.*) et l'intention-objectif (*c.*) ont en commun de contribuer à dissiper certaines ambiguïtés, surtout les plus grossières – en jouant le rôle d'une règle d'absurde⁷⁶. En effet, ces deux intentions peuvent être éclairées à la lumière de la trajectoire intellectuelle qui a mené de la « philosophie du langage idéal » à la « philosophie du langage ordinaire⁷⁷ ». Cette dernière a conduit à reconnaître à l'intention du locuteur une place de choix pour étudier la portée « pragmatique » du langage – ce qui est fait lorsqu'il est utilisé. Aujourd'hui, la plupart des théoriciens du langage acceptent la distinction entre l'étude formelle de la signification et des conditions de vérité des énoncés – la *sémantique* –, et l'étude des usages du langage dans les discours – la *pragmatique*⁷⁸ – ainsi que la possibilité de distinguer, au sein d'un même énoncé, ce qui relève de l'une et de l'autre.

Cette forme d'intention détermine, en droit comme ailleurs, la communication à différents titres. Selon Paul Grice, l'intention supposée du locuteur structure l'échange linguistique lui-même, puisque le langage permet avant tout de communiquer des intentions communicatives – des intentions d'accomplir un acte de langage. Ainsi, signifier quelque chose revient à avoir l'intention de produire un effet chez l'interlocuteur au moyen de la reconnaissance, par ce dernier, d'une telle intention⁷⁹.

Ces intentions sont toujours interprétées à la lumière de trois éléments.

Le premier est ce qui est exprimé.

Le deuxième correspond à des hypothèses contextuelles qu'il nomme « maximes conversationnelles⁸⁰ », à des principes de conversation que le locuteur tend à respecter dans les conditions ordinaires pour se faire comprendre au mieux.

⁷⁶ Voir par ex. J.F. MANNING, « The Absurdity Doctrine », *Harvard LR*, vol. 116, n° 8, 2003, p. 2387-2486.

⁷⁷ Pour une présentation, voir par ex. V.B. NERLICH, D.D. CLARKE, *Language, Action, and Context. The Early History of Pragmatics in Europe and America, 1780-1930*, Amsterdam, John Benjamins, 1996, spéc. p. 1-13 ; B. AMBROISE, S. LAUGIER, « Introduction générale », in *Philosophie du langage. Sens, usage et contexte*, Paris, Vrin, 2011, p. 9-33 ; F. RECANATI, *Literal Meaning*, Cambridge, CUP, 2004, trad. fr. Cl. Pichevin, *Le sens littéral. Langage, contexte, contenu*, Paris, Éditions de l'éclat, 2007.

⁷⁸ Voir F. RECANATI, « Pragmatics and Semantics », in L. HORN, G. WARD (dir.), *Handbook of Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 2004, p. 442-462.

⁷⁹ P. GRICE, « Meaning », in *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard UP, 1989, p. 213-223, p. 219 ; *id.*, « Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning », in *Studies in the Way of Words*, *op. cit.*, p. 117-138, p. 122. Voir également *id.*, « Logic and conversation » [1967, 1987], in *Studies in the Way of Words*, *op. cit.*, p. 1-143, p. 92.

⁸⁰ Voir P. GRICE, « Logic and Conversation », art. cité [n. 79], p. 22-40.

Il présente le troisième comme des effets de sens qu'il nomme « implications⁸¹ » (*implicatures*), implicitement suggérés ou signifiés par le locuteur : en disant « il pleut », un locuteur peut vouloir exprimer implicitement l'idée selon laquelle il ne veut pas sortir tout de suite.

L'identification même de l'ambiguïté d'un énoncé s'effectue dans ce cadre. Certes, l'interprétation d'un énoncé n'est que partiellement déterminée par la supposition de ces intentions : elle correspond à un double mouvement de « décodage » du contenu sémantique de l'énoncé, qui ne suppose aucune référence à l'intention supposée du locuteur, et d'*« inférence contextuelle »* de son contenu pragmatique, qui est, elle, consubstantiellement liée à ce que le destinataire perçoit de l'intention probable du locuteur dans un contexte conversationnel donné.

En dernière instance, le succès de la communication s'apprécie donc à la capacité de l'interlocuteur à identifier ces intentions communicatives à partir de l'énoncé.

L'ambiguïté d'un énoncé, *stricto sensu*, ne peut alors être identifiée qu'au terme de son interprétation globale, qui permet déjà de dissiper certaines « ambiguïtés » grossières inoffensives. Pour emprunter un exemple à un manuel américain⁸², le locuteur qui enjoint à son destinataire de « tout laisser tomber » pour venir l'aider, sans savoir que ce dernier tient à ce moment un nourrisson dans ses bras, ne s'attend probablement pas à ce qu'il le jette par terre, et il est probable que le destinataire de l'injonction prendra cet élément en considération pour choisir, selon cette règle d'absurde, la plus opportune des deux significations possibles de l'expression⁸³.

Intuitivement, s'il est possible d'atteindre l'intention-signification (b.) ou l'intention-objectif (c.), alors elles doivent pouvoir contribuer à dissiper certaines ambiguïtés. À l'inverse, l'impossibilité de les atteindre rend probablement vaine l'utilisation de ces théories du langage⁸⁴ pour éclairer l'interprétation juridique. Ces intuitions méritent cependant d'être scrutées dans le détail. À cette fin, il convient d'examiner les conditions dans lesquelles pourrait s'effectuer le recours aux phénomènes lui correspondant, en se fondant sur les riches débats qui se sont tenus au sein de la doctrine américaine depuis près d'un siècle.

⁸¹ Voir *ibid.*, spéc. p. 24-25.

⁸² W.N. ESKRIDGE, A.R. GLUCK, V.F. NOURSE, *Statutes, Regulation and Interpretation. Legislation and Administration in the Republic of Statutes*, Saint Paul, West Academic Publ., 2014, p. 302.

⁸³ Cet exemple soulève en outre la question du caractère « défaisable » de l'injonction, si elle est comprise au sens littéral dans ce contexte d'application précis : voir M. CARPENTIER, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Institut univ. Varenne, 2014.

⁸⁴ F. POGGI, « Law and Conversational Implicatures », *International Journal of Semiotic Law*, vol. 24, 2011, p. 21-40, spéc. p. 32-36.

II. CARTOGRAPHIE ARGUMENTATIVE

Procéder à une cartographie argumentative du recours à l'intention face aux énoncés normatifs ambigus consiste à exposer les principaux arguments formulés à son propos, afin d'en évaluer la portée et les limites. Parmi ces derniers, certains sont de caractère général et s'appliquent donc en particulier à l'hypothèse du recours à l'intention du législateur face à un énoncé normatif ambigu. D'autres ne se concentrent que sur cette hypothèse particulière. L'intention prise au sérieux par les auteurs qui se sont intéressés à la question est généralement de deux types. L'intention psychologique, supposée renvoyer à un état mental, a une portée globalement limitée, quoique cela mérite d'être précisé dans le détail (A). L'intention conventionnelle, supposée renvoyer à une représentation d'emblée conçue comme une reconstruction fictive à laquelle certaines propriétés sont attachées, a une portée ambivalente (B).

A. La portée limitée de l'intention psychologique

L'idée selon laquelle il serait possible de rechercher l'intention psychologique « réelle » des membres d'une assemblée parlementaire afin de dissiper l'ambiguïté d'un énoncé suscite d'emblée la méfiance. Il convient cependant de ne pas s'arrêter à cette intuition et d'évaluer dans le détail les arguments soulevés à l'encontre du recours à une telle intuition. Ils sont principalement de trois ordres, ontologique (1), épistémologique (2) et démocratique (3).

1. Des arguments d'ordre ontologique

Un premier ensemble d'arguments est d'ordre ontologique : il porte sur les propriétés traditionnellement reconnues aux normes juridiques et aux conditions dans lesquelles elles sont produites dans les démocraties libérales contemporaines. Ces arguments en défaveur du recours à l'intention de l'auteur de la norme juridique se concentrent sur trois points : l'imputation contestable d'un état psychologique à une assemblée parlementaire (a), le cynisme postulé par les théories du choix rationnel (b) et le caractère éthétré de l'hypothèse d'une intention collective (c).

a. L'imputation contestable d'un état psychologique à une assemblée parlementaire

L'imputation d'un état psychologique à une assemblée parlementaire fait l'objet de plusieurs critiques.

En premier lieu, les institutions n'ont pas de psyché, si bien qu'il n'y aurait aucun sens à penser la psychologie d'un organe institutionnel. Comme le résume Kenneth Shepsle, « l'intention législative est un oxymore⁸⁵ ». À une échelle plus large, même à supposer qu'il soit possible

⁸⁵ K.A. SHEPSLE, « Congress is a “They,” Not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron », *International R. of Law and Economics*, vol. 12, 1992, p. 239-256, p. 239.

d'identifier l'intention d'une institution, une loi est couramment le fruit de plusieurs intentions institutionnelles – celle des chambres du Parlement dans les systèmes bicaméraux, voire celle de l'autorité de promulgation lorsque sa compétence n'est pas liée – ainsi du président des États-Unis lorsqu'il oppose le *veto*.

En deuxième lieu, l'intention est un état psychologique, et non la propriété d'un énoncé, de sorte que le lien entre l'état psychologique putatif de l'auteur d'un énoncé et l'énoncé serait loin d'être évident⁸⁶. On se tromperait ainsi de cible en cherchant à atteindre l'intention, puisque seul compterait l'énoncé.

En troisième lieu, s'il est improbable que les intentions individuelles des membres de l'organe collégial aient pu tendre vers un objectif unique, il est encore moins probable que ce consensus ait existé lorsque l'énoncé normatif est affecté d'une ambiguïté⁸⁷. L'interprétation législative peut sur ce point tirer les enseignements de l'échec du premier originalisme qui se fondait sur une conception individuelle de l'intention : de même qu'un examen serré des archives de James Madison ne suffit pas à établir un état mental propre à éclairer la Constitution de 1787, il paraît vain de rechercher l'état mental des parlementaires.

Quoiqu'ils convainquent dans l'ensemble, ces arguments gagnent à être relativisés dans le détail, à plusieurs titres.

En premier lieu, si la norme est considérée comme la signification d'un acte de volonté, il est raisonnable d'imputer une cohérence minimale aux volontés individuelles qui se sont cristallisées, selon certaines procédures, dans l'acte qui les révèle, sous peine de saper la possibilité même de reconnaître ou d'assigner une signification à cet acte. Or, cette cohérence ne peut être supposée qu'en postulant un substrat psychologique collectif minimal. Ce postulat ne saurait être affaibli par les critiques tirées du caractère irréaliste de cet état psychologique collectif. Certes, établir une raison apparente d'imputer cette intention collective ne suffit pas à affirmer que cette dernière est fondée. Mais cela éclaire, au second degré, sur les raisons pour lesquelles cette représentation est partagée.

En second lieu, l'application de ce modèle à une assemblée parlementaire⁸⁸ est certes rendue complexe par l'existence d'une majorité et d'une minorité, par l'absence de certains parlementaires lors des votes et par la pratique des délégations de votes. Mais il existe également des raisons de penser que cette quête est possible.

Deux idées peuvent être défendues à ce titre.

⁸⁶ Voir O.W. HOLMES, « The Theory of Legal Interpretation », art. cité [n. 27], p. 417-420, p. 417.

⁸⁷ Voir M. RADIN, « Statutory Interpretation », *Harvard LR*, vol. 43, n° 6, 1930, p. 863-885, p. 870.

⁸⁸ Voir L. SOLAN, « Private Language, Public Laws: The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation », *Georgetown LJ*, vol. 93, n° 2, 2005, p. 427-486, p. 444-449.

La première se fonde sur le constat empirique, établi par des politistes à partir d'une étude du fonctionnement du Congrès américain, selon lequel les rédacteurs d'une loi tendent structurellement à mettre en valeur les points d'accord entre différents partis. Dès lors, les travaux préparatoires ne constituent pas une simple photographie, floue, de la délibération à un instant donné, mais le fruit d'une élaboration délibérée destinée à rendre possible, au terme du processus, l'identification de cette intention collective⁸⁹.

La seconde idée consiste à redéfinir ce que l'on entend par « état psychologique » dans ce cadre. Victoria Nourse a récemment proposé de fonder l'intention d'un groupe sur « l'équivalent fonctionnel d'une intention », qu'elle conçoit en général comme la tendance des membres du groupe à suivre un plan commun, fondé sur des procédures prédéterminées conformément auxquelles tous les membres du groupe peuvent projeter leurs actions dans le futur. La procédure parlementaire fixe en particulier, selon elle, un tel cadre : l'intention équivaudrait au contexte procédural et décisionnel déterminé par la procédure parlementaire⁹⁰ et il s'agirait alors d'examiner « la manière dont les décisions relatives au texte sont prises dans le contexte d'un ensemble de décisions séquentielles⁹¹ ».

Ainsi, certaines intentions psychologiques pourraient être fortement présumées lorsqu'un groupe de parlementaires agit d'une certaine manière conformément à la procédure. Même en s'éloignant de la procédure, il est possible de défendre que les membres du Parlement partagent des références communes, qu'ils opèrent dans un cadre minimal de compréhension réciproque sur ce qu'ils sont et ce qu'ils font, ce qui conférerait une signification minimale à l'idée d'intention psychologique collective du législateur.

b. Le cynisme postulé par les théories du choix rationnel

Un deuxième ensemble de critiques de la possibilité d'imputer un état psychologique « réel » à une assemblée parlementaire, formulée par certains textualistes américains, se fonde sur les théories du choix rationnel, principalement diffusées en science politique et en droit après l'attribution du prix Nobel d'économie à James M. Buchanan en 1986⁹². De ces dernières, ces auteurs infèrent le constat selon lequel l'élaboration d'une loi suivrait structurellement un processus chaotique, auquel participent des agents cyniques. Le comportement stratégique des différents parlementaires empêcherait l'émergence d'une intention collective substantielle⁹³. En effet, l'égoïsme

⁸⁹ Pour une étude détaillée, voir A.R. GLUCK, L. SCHULTZ BRESSMAN, « Statutory Interpretation from the Inside. An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons: Part I », *Stanford LR*, vol. 65, 2013, p. 901-1025.

⁹⁰ V.F. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History », *Boston College LR*, vol. 55, n° 5, 2014, p. 1613-1658, spéc. p. 1641-1644 ; *id.*, « A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules », *Yale LJ*, vol. 122, n° 1, 2012, p. 70-152.

⁹¹ V.F. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation... », art. cité [n. 90], p. 1618.

⁹² Voir J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy* [1962], Indianapolis, Liberty Fund, 1999, spéc. p. XVI-XVIII.

⁹³ F.H. EASTERBROOK, « Statutes' Domains », *U. of Chicago LR*, vol. 50, n° 2, 1983, p. 533-552, p. 546.

des parlementaires qui chercheraient structurellement à maximiser leurs intérêts, et au premier chef à se faire réélire, créerait toujours une distorsion entre l'intention réelle qui les conduit à adopter une loi et l'intention qu'il est rétrospectivement possible de leur attribuer.

Cet argument mérite d'être contesté à deux principaux égards.

En premier lieu, une critique externe procède de l'inadéquation de ces théories aux pratiques parlementaires : il n'est pas certain qu'un examen empirique de l'activité parlementaire conduise à établir que les intentions tirées de la représentation que se font les parlementaires de l'intérêt général ne jouent pas un rôle au moins aussi déterminant que ces considérations cyniques. Tant qu'il n'est pas établi que les parlementaires tendent toujours à privilégier leur intérêt cynique au détriment de leur perception de l'intérêt général, ce modèle n'est en rien explicatif.

En second lieu, deux critiques internes gagnent à être opposées à cet argument.

D'une part, attribuer des intentions cyniques aux parlementaires revient toujours à leur attribuer des intentions, des ressorts psychologiques, ce qui affaiblit la portée de l'argument.

D'autre part, il n'est pas certain que l'élaboration de ces modèles stratégiques suffise à faire obstacle à l'identification de certaines intentions partagées, comme ont essayé de le démontrer des politistes qui se sont placés dans ce cadre d'analyse⁹⁴. Dès lors qu'une interprétation optimiste pourrait aussi bien être proposée que cette interprétation pessimiste, cet argument porte peu.

c. L'hypothèse éthérente d'une intention collective

Le troisième – et principal – pan de la critique porte sur le caractère éthétré, ou vaporeux, d'une intention collective. Une intention collective réelle est considérée comme une improbabilité structurelle. En effet, dans un système majoritaire, dès lors qu'un texte ne fait pas l'objet d'un vote unanime, le texte est souvent le fruit de l'accord de la majorité, en dépit du rejet de l'opposition. Le texte n'est donc rédigé et accepté que par la majorité, ce qui exclut la possibilité d'agréger à l'intention de la majorité, si elle existe, les intentions des membres de l'opposition. Dès lors, il est difficile à concevoir qu'un organe puisse avoir une intention « réelle » collective.

À l'encontre de cet argument, deux stratégies argumentatives peuvent être privilégiées.

La première consiste à se fonder sur l'idée d'un transfert implicite entre l'organe et la majorité. Il serait ainsi toujours possible d'assimiler l'intention de l'organe à celle de sa majorité⁹⁵ au nom de l'idée selon laquelle l'organe

⁹⁴ D.A. FARBER, Ph.P. FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, U. of Chicago Press, 1991, spéc. p. 88-106 ; *id.*, « Legislative Intent and Public Choice », *Virginia LR*, vol. 74, n° 2, 1988, p. 423-469.

⁹⁵ Voir G.C. MACCALLUM, « Legislative Intent », in R.S. SUMMERS (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley, U. of California Press, 1968, p. 237-273, p. 253.

aurait délégué aux membres minoritaires le soin d'assimiler leur intention à celle de l'organe, établie par la majorité⁹⁶, ou au nom du dogme selon lequel le « dialogue » délibératif pendant la phase de discussion parlementaire se transformerait en « monologue » lorsque l'énoncé normatif est fixé dans sa forme finale⁹⁷.

La seconde stratégie consiste à modifier le concept même d'intention du législateur afin de l'adapter aux spécificités d'un groupe. L'intention collective ne serait alors plus pensée selon le modèle agrégatif traditionnel de l'action collective⁹⁸, elle ne correspondrait plus au cas dans lequel chaque membre d'un organe collégial a exactement la même image à l'esprit⁹⁹, mais elle se fonderait sur le modèle englobant de l'« agent collectif ».

Certains travaux récents en philosophie de l'action permettent de concevoir ce dernier. Ainsi Christian List et Philip Pettit ont-ils examiné dans le détail cette possibilité, en proposant quatre critères pour identifier de tels « agents collectifs », conçus comme ayant l'intention conjointe d'atteindre un objectif donné. a) *L'objectif partagé* : les individus « ont chacun pour intention que les membres de cet ensemble plus ou moins important atteignent ensemble l'objectif en question ». b) *La contribution individuelle* : ils ont « tous l'intention de remplir la part qui leur revient dans un dessein plus ou moins important pour atteindre cet objectif ». c) *L'interdépendance* : « [chacun] d'entre eux forme cette intention au moins partiellement parce qu'il pense que les autres forment des intentions équivalentes ». d) *La conscience commune* : cet ensemble « repose sur une conscience commune, où chacun croit que les trois premières conditions sont remplies, et où chacun croit que les autres le croient, etc.¹⁰⁰ ».

En matière de production normative, certains indices supplémentaires peuvent être proposés : par exemple, il est possible de considérer, avec Joseph Raz, qu'il est d'autant plus facile d'attacher une intention à un organe collectif que sa délibération a duré longtemps¹⁰¹.

Pourtant, ce modèle n'est, lui-même, pas exempt d'imperfections.

Commençons par une critique d'ordre conceptuel et général. Il n'est pas certain que l'agent collectif identifié par Christian List et Philip Pettit soit davantage qu'une nouvelle manière de penser l'agrégation d'actions et

⁹⁶ Voir M.S. MOORE, « The Semantics of Judging », *Southern California LR*, vol. 54, n° 2, 1981, p. 151-294, p. 266.

⁹⁷ Pour une étude de ces différents langages du point de vue de la sémiotique, voir E. LANDOWSKI, « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », *RFSP*, vol. 27, n° 3, 1977, p. 428-441.

⁹⁸ Voir par ex. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard UP, 1986, p. 335-336.

⁹⁹ L. FULLER, « American Legal Realism », *U. of Pennsylvania LR*, vol. 82, n° 5, 1934, p. 429-462, p. 445-447.

¹⁰⁰ Ch. LIST, Ph. PETTIT, *Group Agency. The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*, Oxford, OUP, 2011, p. 33. Voir également Ph. PETTIT, « Collective Persons and Powers », *Legal Theory*, vol. 8, 2002, p. 443-470 ; P. WEIRICH, *Collective Rationality: Equilibrium in Cooperative Games*, Oxford, OUP, 2009, p. 135-138.

¹⁰¹ J. RAZ, « Intention in Interpretation », art. cité [n. 75], p. 280.

d'intentions individuelles auxquelles la cohérence d'un modèle fictif est attribuée *ex post*.

Une deuxième critique est d'ordre juridique et institutionnel. Cette intuition d'un « agent collectif » s'applique plus volontiers à certains parlements qu'à d'autres. Elle est acceptable dans les contextes britanniques ou australiens, bipartisans, où le Premier ministre enjoint à tous les membres de son parti de soutenir une loi. La parole de ce dernier y équivaut peu ou prou à la signification de cette dernière. Il est dès lors plus facile d'identifier, outre l'énoncé législatif, un ensemble de raisons et de justifications propres à être invoquées à l'avenir pour dissiper une ambiguïté. À l'inverse, l'idée d'« agent collectif » est moins opportune s'agissant des cultures constitutionnelles plus marquées par la séparation des pouvoirs – d'autant plus à l'époque contemporaine. Ainsi, en France, l'intention du législateur ainsi conçue avait probablement plus de sens sous la III^e République, à une époque où la loi était principalement élaborée dans l'enceinte de l'institution parlementaire, que sous la V^e République, où la loi est le fruit d'influences plus diverses.

Aujourd'hui, les liens complexes entre le pouvoir exécutif et la majorité parlementaire rendent plus difficile l'appréhension d'une telle intention. De la même manière, les États-Unis ont connu une évolution notable. Par le passé, les lois ont pu être principalement rédigées par le pouvoir exécutif, lorsque le Congrès ne disposait pas d'équipes importantes. À partir des années 1960 et 1970, la pratique parlementaire y a été profondément modifiée par l'accroissement massif du personnel¹⁰². Les lois y ont fait de plus en plus l'objet de compromis, de sorte que la recherche d'une intention unique y a probablement perdu de sa pertinence, quoique les juges continuent parfois à rechercher certains orateurs propres à l'incarner.

En outre, l'hypothèse développée par Carl Schmitt en matière constitutionnelle, tout aussi envisageable en matière législative, du « compromis de façade dilatoire¹⁰³ » fait peser un doute supplémentaire sur l'existence d'une intention collective réelle substantielle. Différentes forces politiques peuvent aborder une question, au cours de la délibération parlementaire, se mettre d'accord sur leur désaccord et décider de ne pas le trancher, soit qu'ils se trouvent dans l'incapacité de le faire, soit qu'ils jugent que les organes chargés de l'interprétation du texte seront mieux à même de le faire à l'avenir.

Soit l'on estime alors que cette question a été explicitement exclue de toute intention collective, soit un doute massif subsiste quant au contenu de cette intention « réelle », qu'elle renvoie à l'intention-signification (*b.*) ou à l'intention-objectif (*c.*).

¹⁰² Pour une étude historique approfondie, voir N.R. PARRILLO, « Leviathan and Interpretive Revolution: The Administrative State, the Judiciary, and the Rise of Legislative History, 1890-1950 », *Yale LJ*, vol. 123, n° 2, 2013, p. 266-411.

¹⁰³ Voir C. SCHMITT, *Verfassungslehre* [1928], trad. fr. L. Deroche, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 2008, p. 159-166, p. 257. Voir également C.R. SUNSTEIN, « Constitutional Agreements Without Constitutional Theories », *Ratio Juris*, vol. 13, n° 1, 2000, p. 117-130.

Même si l'on s'accorde sur la possible existence d'une intention collective, une difficulté demeure : est-il possible de la connaître ? Trois réactions intuitives viennent immédiatement à l'esprit. Si une telle intention collective n'existe pas, il est vain de chercher à la connaître¹⁰⁴. Si cette intention collective existe, il n'est pas certain qu'elle soit accessible. Mais il n'est alors pas vain de la rechercher. Cette question mérite dès lors d'être examinée plus en détail.

2. Des arguments d'ordre épistémologique

Les principaux arguments d'ordre épistémologique portent sur la qualité des sources disponibles pour accéder à cette intuition « réelle » du législateur (a) et sur la méthode adéquate qu'il conviendrait d'adopter à cette fin (b).

a. Un scepticisme quant aux sources

Certains arguments formulés à l'encontre du recours à l'intention sont tirés de l'imperfection supposée des sources sensées permettre de la connaître – principalement, les « travaux préparatoires ». Ce défaut affecterait l'accès à l'intention collective à deux principaux titres.

En premier lieu, ces sources souffriraient de défauts extrinsèques, tirés des qualités des agents les ayant produites.

Tout d'abord, il serait difficile d'accéder à l'intention « réelle » de chaque individu dans le groupe. L'intention individuelle ne correspondrait pas à un état mental toujours identifiable. Comme l'écrit John Chipman Gray, « en attendant que les marchands de forces psychiques réussissent à contrôler et à utiliser le transfert de pensées (et le transfert psychique de la pensée d'un organe artificiel serait stupéfiant pour le plus qualifié des chasseurs de fantômes), la volonté de l'assemblée doit s'exprimer par des mots, qu'ils soient oraux ou écrits¹⁰⁵ ». En l'absence de tels mots, il serait difficile d'accéder à l'intention individuelle, aux attentes subjectives de chaque participant au processus législatif¹⁰⁶.

Dans ces conditions, il serait *a fortiori* ardu d'atteindre une intention « réelle » collective. L'auteur anglais d'un traité d'interprétation législative du XVI^e siècle note déjà la complexité de considérer la loi « *ex mente legislatorum* [...] du fait du grand nombre de personnes présentes, du grand

¹⁰⁴ Voir A. KOCOUREK, *An Introduction to the Science of Law*, Boston, Little & Brown, 1930, p. 201-202.

¹⁰⁵ J. CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2^e éd., Boston, Beacon Press, 1921, p. 170.

¹⁰⁶ Voir M. RADIN, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 87], p. 870-871 ; R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.* [n. 98], p. 335-337 ; pour une étude, voir W.N. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Harvard UP, 1994, p. 16 ; J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, OUP, 1999, p. 121-123.

nombre d'intelligences – tant de législateurs, tant d'esprits », même si « certains indices nous permettent de connaître son contenu¹⁰⁷ ».

Enfin, la tâche serait encore plus rude lorsque les individus ne sont pas réunis dans une assemblée, dans le forum restreint au sein duquel prend place la délibération. Cela rendrait par exemple difficile d'inférer une intention à partir du vote massif des électeurs français en faveur de la ratification de la Constitution à l'automne 1958.

En second lieu, ces sources souffriraient de défauts intrinsèques, tirés de la façon dont sont élaborés les « travaux préparatoires ».

D'une part, il serait douteux que les données les plus pertinentes pour reconstituer une intention collective se trouvent dans les « travaux préparatoires » tels qu'ils sont habituellement conçus. En effet, de nombreuses discussions et réunions ne donnent lieu à aucun écrit et les écrits eux-mêmes sont très formatés.

D'autre part, l'utilité de ces sources ne pourrait être reconnue que si elles sont moins ambivalentes que l'énoncé normatif même qu'il s'agit de clarifier. Une reconstruction indéterminée pourrait difficilement dissiper l'indétermination de l'énoncé¹⁰⁸. Le juge à la Cour suprême Robert H. Jackson défend, dans une opinion concordante, qu'il soutiendrait plus volontiers l'opinion majoritaire si la Cour avait cherché à « atteindre [ce résultat] en analysant la loi elle-même, au lieu de faire la psychanalyse du Congrès », d'autant plus que « les travaux préparatoires (*legislative history*), ici comme c'est souvent le cas, sont plus vagues que la loi même qui s'offre à l'interprétation¹⁰⁹ ».

À l'inverse, l'idée peut être défendue selon laquelle ces sources ne font pas, par elles-mêmes, obstacle à la recherche de cette intention. En particulier, il est des cas dans lesquels les travaux préparatoires donnent accès à différentes versions d'un même texte au cours du processus législatif. S'y montrent alors des débats sur un point précis, une délibération, puis la décision collective de trancher ces débats dans un sens donné, en respectant certaines procédures. La précision des débats et le fait que ses participants y aient explicitement affronté une question rend plus tangible l'idée de volonté collective¹¹⁰. À ce scepticisme à l'égard des sources s'ajoute un scepticisme quant à la manière de les examiner.

b. Un scepticisme quant à la méthode

Un deuxième ensemble de critiques porte sur la méthode sur le fondement de laquelle il serait envisageable d'identifier l'intention du législateur.

¹⁰⁷ S.E. THORNE (dir.), *A Discourse upon the Exposicion & Understandinge of Statutes. With Sir Thomas Egerton's Additions*, San Marino, Huntington Library, 1942, p. 151.

¹⁰⁸ Voir W.N. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, op. cit. [n. 106], p. 21-25

¹⁰⁹ *United States v. Public Utilities Commission of California*, 345 U.S. 295, 319-320 (1953) (R. Jackson, opinion concordante).

¹¹⁰ Voir par ex. J.M. LANDIS, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 65], p. 889 ; F.J. HORACK, « In the Name of Legislative Intention », *West Virginia LQ*, vol. 38, n°2, 1932, p. 119-131, p. 128.

Trois principaux arguments ont ainsi été proposés.

Le premier porte sur la subjectivité de la recherche. L'archéologue de la volonté législative se conformerait moins au modèle de l'historien – qui chercherait à rendre compte de façon scientifique de ce qu'il perçoit d'une intention collective après un examen serré de toutes les sources qui lui sont disponibles – qu'à celui de l'avocat – qui risquerait de forcer les sources qu'il utilise, ou simplement, comme le résume un juge, d'utiliser ces dernières d'une manière qui revienne à « contempler une foule, et à y choisir vos amis¹¹¹ ». Dans ce cadre, il existerait un risque important de contradiction entre deux reconstructions fondées sur les travaux préparatoires¹¹² – sans, pour autant, qu'une vision « objective » n'émerge de la simple confrontation de ces reconstructions également biaisées.

Le deuxième argument porte sur la difficulté matérielle de parvenir aux sources dans de bonnes conditions. Certaines lois contemporaines, dans différentes démocraties libérales, sont d'une densité et d'une complexité telles qu'une reconstitution sérieuse de l'intention du législateur s'avèreraient une tâche prenante – la difficulté épistémologique se doublant alors d'une difficulté matérielle et financière. Les « super-lois » identifiées aux États-Unis par William Eskridge et John Ferejohn¹¹³, caractérisées par leur tendance à modifier la culture et les pratiques sociales à tel point que leur statut justifierait une méthode singulière d'interprétation, rendent la difficulté encore plus épineuse. Ainsi, le *Affordable Care Act* de 2010 a-t-il donné lieu à de nombreux rapports parlementaires souvent contradictoires, avant que la présidence des États-Unis ne tranche les différends.

Le troisième argument est tiré de l'anachronisme structurel d'une telle recherche, d'un risque général bien connu des historiens consistant à plaquer des représentations contemporaines sur les sources passées. En somme, il serait pratiquement impossible de reconstituer l'intention des générations précédentes en ne se fondant pas sur les réflexes et les habitudes actuelles, ce qui priverait cette entreprise de cohérence¹¹⁴.

Aucun de ces arguments n'est, en lui-même, dirimant. Il existe de sérieuses raisons de penser qu'une méthode pourrait être imaginée pour étudier ces sources.

En premier lieu, dès lors que certains indices sont publics, ils sont d'autant plus susceptibles d'être examinés avec soin au sein d'une collectivité large. Il doit alors être possible d'établir des méthodes se fondant sur l'examen de ces matériaux – la structure interne de l'institution parlemen-

¹¹¹ Formule du juge fédéral H. Leventhal, citée par P.M. WALD, « Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term », *Iowa U. LR*, vol. 68, 1983, p. 195-216, p. 214.

¹¹² K. STARR, « Observations about the Use of Legislative History », *Duke LJ*, vol. 37, 1987, p. 371-379, p. 377.

¹¹³ Sont ainsi désignés le *Sherman Antitrust Act* de 1890, le *Civil Rights Act* de 1964 ; on pourrait désormais y ajouter le *Affordable Care Act* de 2010 : voir W.N. ESKRIDGE, J. FEREJOHN, « Super-Statutes », *Duke LJ*, vol. 50, n° 5, 2001, p. 1215-1276.

¹¹⁴ Voir J. STONE, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, London, Steens & Sons, 1964, p. 32-33.

taire, le cours de la procédure parlementaire, l'accord final sans lequel la loi ne peut être adoptée. Une piste est par exemple proposée par des politistes américains, qui ont essayé de montrer la possibilité d'établir l'influence variable des participants au processus de production de la norme législative au sein des coalitions formées dans une assemblée parlementaire¹¹⁵.

En deuxième lieu, toute reconstitution contient une part de choix, d'arbitraire, si bien qu'il n'y a pas de raison d'éliminer sur ce fondement la reconstitution de l'intention à partir des travaux préparatoires. Les critiques formulées à l'encontre de l'usage des travaux préparatoires sont analogues à celles qui peuvent être faites à l'usage de tout énoncé normatif : il est possible de choisir « ses amis » parmi plusieurs dispositions législatives, parmi plusieurs techniques d'interprétation, voire parmi les dictionnaires mêmes que les textualistes annoncent utiliser pour découvrir le sens véritable des énoncés normatifs.

Il convient donc simplement de reconnaître des limites de cette ambition pour en renforcer la portée.

D'une part, certaines limites tiennent à tout travail de reconstitution historique. Il peut être d'autant plus difficile de reconstituer une intention que les données disponibles sont anciennes. En outre, il est impossible d'accéder à tout – en particulier dès lors que la production de la loi repose sur des échanges, des conversations qui sont largement inaccessibles à l'interprète¹¹⁶. Cela ne constitue pas un obstacle insurmontable : de même qu'un historien peut, à partir d'une analyse minutieuse de ses archives, proposer une reconstitution de phénomènes anciens, un juriste peut, par une analyse sérieuse des travaux préparatoires, procéder à une telle reconstitution.

D'autre part, il est possible que les titulaires de fonctions organiques aient pu chercher à prédéterminer stratégiquement les travaux préparatoires, ce dont l'interprète doit être conscient pour être en mesure de nuancer ses analyses.

En troisième lieu, si l'on suppose que l'intention collective correspond à une communauté d'intentions effectivement partagées par les membres d'un groupe, il doit être possible de les inviter à clarifier cette intention lorsque la loi a été récemment adoptée. Ainsi, aux États-Unis, un juge fédéral a proposé, pour mettre fin aux divergences d'interprétation entre les cours d'appel fédérales de différents circuits, de désigner un panel de professeurs de droit chargé de mettre en lumière ces conflits et de les soumettre au Congrès, afin

¹¹⁵ Voir par ex. McNOLLGAST [M.D. McCUBBINS, R.G. NOLL, B.R. WEINGAST], « Positive Canons: The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation », *Georgetown LJ*, vol. 80, n° 3, 1992, p. 705-742 ; *id.*, « Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation », *Law and Contemporary Problems*, vol. 57, n° 1, 1994, p. 3-37.

¹¹⁶ Pour une réflexion à partir du souvenir de Jean Carbonnier sur ses expériences de participation à la réforme du droit de la famille, voir J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 12-13.

que ce dernier précise quelle a été son intention¹¹⁷. Ce serait là un moyen de lier la recherche de l'intention du législateur à un processus démocratique.

3. Arguments d'ordre démocratique

Un troisième débat porte sur la conformité du recours à l'intention à certains principes normatifs contingents, propres à un ordre juridique donné. Le principal argument contre la possibilité de connaître l'intention du législateur est tiré du caractère prétendument anti-démocratique de la recherche elle-même, à deux titres.

D'une part, le recours aux travaux préparatoires reviendrait à intégrer à la « volonté » attribuée au Parlement des interventions d'acteurs qui lui sont extérieurs, à l'instar des lobbies aux États-Unis, qui ne sont pas élus – ce qui conduirait à dissoudre l'exercice de la compétence pourtant conférée au seul Parlement¹¹⁸.

D'autre part, l'intention ne serait pas aisément accessible aux premiers destinataires de la norme législative – les citoyens. Or, si un gouvernement démocratique implique l'existence de règles facilement accessibles, comme le résume Antonin Scalia, pour qui un dictionnaire devrait suffire à comprendre le sens d'une loi, faire reposer la règle sur l'intention est « pire que l'astuce attribuée à l'empereur Néron¹¹⁹, consistant à afficher ses édits très hauts sur les piliers, afin de rendre leur lecture difficile. Un gouvernement par l'intention inexprimée est tout aussi tyrannique¹²⁰ ». En somme, si nul n'est censé ignorer la loi, il n'y aurait en revanche pas lieu d'exiger une connaissance de l'intention du législateur. Pour emprunter un exemple à un juriste américain¹²¹, il est possible, en lisant la liste de courses établie par un ami, de se reposer sur son intention probable pour établir que le mot « cerises » renvoie à des « tomates-cerises », mais l'autorité administrative qui examine les mentions obligatoires sur une boîte de conserve ne s'intéresse qu'à la manière dont les consommateurs seront susceptibles, à l'avenir, d'interpréter la mention « Ingrédients : cerises », sans qu'un recours à l'intention de l'auteur de ce texte ne puisse être exigé.

¹¹⁷ W. FEINBERG, « A National Court of Appeals? », *Brooklyn LR*, vol. 42, n°4, 1976, p. 611-628, p. 627.

¹¹⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit. [n. 98], p. 318.

¹¹⁹ Cette anecdote est en réalité attribuée à Caligula, voir SUÉTONE, *Vies des douze Césars*, trad. fr. G. Flamerie de Lachapelle, Paris, Les Belles lettres, 2016, p. 213 [XLI] ; Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, 3. Aufl., 1887, trad. fr. P. F. Girard, *Le droit public romain*, Paris, Thorin, 1892, t. 1, p. 235, n. 2.

¹²⁰ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation...*, op. cit. [n. 30], p. 17. Voir également *id.*, « The Rule of Law as a Law of Rules », *U. of Chicago LR*, vol. 56, n°4, 1989, p. 1175-1188, p. 1176. Les anti-fédéralistes américains défendaient une position comparable : voir S. CORNELL, « The People's Constitution vs. the Lawyer's Constitution. Popular Constitutionalism and the Original Debate over Originalism », *Yale J. of Law and Humanities*, vol. 23, n°2, 2011, p. 295-337, p. 314-316.

¹²¹ L. ALEXANDER, « The Objectivity of Morality, Rules and Law: A Conceptual Map », *Alabama LR*, vol. 65, n°2, 2013, p. 501-517, p. 506 ; W. BAUDE, S.E. SACHS, « The Law of Interpretation », *Harvard LR*, vol. 130, n°4, 2017, p. 1079-1147, p. 1090.

Deux arguments méritent cependant d'être proposés pour nuancer ces critiques.

En premier lieu, les travaux préparatoires, quels que soient leurs défauts, ont été produits dans le cadre de l'activité législative. Ce n'est pas le cas d'un dictionnaire. Ce dernier est donc moins « démocratique » que les travaux préparatoires.

En second lieu, la question démocratique ne se poserait pas si le Parlement lui-même exprimait démocratiquement la volonté que les interprètes se réfèrent, à l'avenir, à son intention. Réapparaît ici la question de savoir si l'activité législative est conçue par ses agents comme une opération communicative¹²².

Cette hypothèse peut être défendue à plusieurs égards.

Tout d'abord, elle peut, dans certains cas, être inférée d'une disposition normative générale, à l'instar de l'article 4 du code civil français, interprété comme une habilitation à rechercher dans tous les indices disponibles une clé pour dissiper l'ambiguïté de l'énoncé.

Ensuite, en l'absence d'une telle disposition, ne pourrait-on pas la tirer des pratiques parlementaires elles-mêmes ? S'il est possible d'établir une volonté, exprimée par le Parlement, que les juges se réfèrent aux travaux préparatoires en cas d'ambiguïté, alors il serait présomptueux de la part des juges de s'y refuser. Or, plusieurs éléments invitent à se poser la question. Des politistes américains ont ainsi mené des études empiriques les conduisant à établir que, au-delà du texte de la loi, les parlementaires portent une attention poussée aux données couramment assimilées aux travaux préparatoires¹²³, en particulier aux principaux débats préalables à l'adoption de lois importantes¹²⁴. L'observation n'a aucune conséquence en matière normative, mais elle informe sur les représentations partagées par les parlementaires.

Enfin, il est possible de considérer que les parlementaires délèguent implicitement aux interprètes authentiques de la loi le soin de mener une telle analyse lorsqu'ils concèdent qu'ils ne sont pas tous spécialistes, loin de là, de l'interprétation des énoncés normatifs. Comme le note, par exemple, un juge qui a été membre de la Chambre des Représentants aux États-Unis, à propos des « canons d'interprétation » qu'il estime « étrangers au processus

¹²² *Contra*, sur ce point précis, voir F. POGGI, « Grice, the Law and the Linguistic Special Case Thesis », in A. CAPONE, F. POGGI (dir.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Basel, Springer International, Philosophy & Psychology, 2016, p. 231-248, p. 245.

¹²³ Voir E. GARRETT, « The Purposes of Framework Legislation », *J. of Contemporary Legal Issues*, vol. 14, n°2, 2005, p. 717-766 ; J.J. BRUDNEY, « Intentionalism's Revival », *San Diego LR*, vol. 44, n°3, 2007, p. 1001-1026 ; V.F. NOURSE, « A Decision Theory of Statutory Interpretation... », art. cité [n. 90] ; A.R. GLUCK, L.S. SCHULTZ BRESSMAN, « Statutory Interpretation From Inside. An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons », part. I, *Stanford LR*, vol. 65, n°5, 2013, p. 901-1025; part. II, *Stanford LR*, vol. 66, n°4, 2014, p. 725-801.

¹²⁴ G.A. COSTELLO, « Average Voting Members and Other “Benign Fictions”: the Relative Reliability of Committee Reports, Floor Debates, and Other Sources of Legislative History », *Duke LJ*, vol. 39, n°1, 1990, p. 39-73, spéc. p. 68-69.

législatif », « les seuls “canons” dont nous parlions étaient ceux que le Pentagone achetait, et qui fonctionnaient mal¹²⁵ ». Le désintérêt profond des parlementaires à l’égard des conditions d’interprétation des énoncés législatifs qu’ils rédigent, s’il est avéré, s’interprète comme un abandon aux interprètes futurs du soin de mettre de l’ordre dans les lois comme dans la matière brute des travaux préparatoires supposés en éclairer la signification.

En somme, au-delà de ces nuances, les nombreux doutes pesant sur l’existence et sur l’accessibilité d’une telle intention du législateur comprise comme état psychologique invitent à ne pas se fonder principalement sur elle pour dissiper l’ambiguïté des énoncés normatifs. S’il est possible d’en supposer l’existence à titre minimal, son contenu ne saurait remplir seul une telle fonction. Se pose alors la question de savoir s’il ne convient pas de prendre au sérieux l’hypothèse d’une intention conventionnelle. Cette dernière a fait, à son tour, l’objet d’un débat nourri.

B. La portée ambivalente de l’intention conventionnelle

Il est possible de concevoir l’intention du législateur non comme une donnée psychique individuelle ou collective, mais comme une convention, à l’existence stipulée. L’ambition qui lui est assignée n’est pas alors de rendre compte du réel, mais de constituer un point de référence auquel sont attachées des propriétés à une certaine fin¹²⁶. Cette hypothèse d’une intention conventionnelle de l’auteur de la norme juridique correspond à une fiction qui contribue à justifier et à légitimer la représentation courante des normes et des systèmes normatifs. Son évaluation ne saurait dès lors procéder de sa confrontation avec l’intention « réelle » pour en dénoncer, de façon circulaire, le caractère fictif – que l’on pense à Max Radin qui critiquait cette fiction « transparente et absurde¹²⁷ » en 1930, ou à Joseph Raz selon qui, « à moins que ne soient impliquées des intentions véritables, le fait de parler des intentions hypothétiques de personnes fictives est rarement porteur de sens¹²⁸ ». L’intention conventionnelle correspond à une hypothèse raisonnable d’intention abstraite que les auteurs sont supposés avoir eue à l’esprit. Les arguments formulés en faveur ou en défaveur au recours à l’intention de l’auteur de la norme pour dissiper l’ambiguïté d’un énoncé ont principalement de deux ordres, constitutionnel (1) et institutionnel (2).

¹²⁵ A.J. MIKVA, « Reading and Writing Statutes », *South Texas LR*, vol. 28, n°2, 1986, p. 181-188, p. 183.

¹²⁶ Pour la proposition d’une telle intention conventionnelle, voir également R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, OUP, 2012, spéc. p. 218-236 ; C.R. LIU, « Textualism and the Presumption of Reasonable Drafting », *Harvard J. of Law and Public Policy*, vol. 38, 2015, p. 711-727, p. 722-727 ; R.D. DOERFLER, « Who Cares How Congress Really Works? », *Duke LJ*, vol. 66, n° 5, 2017, p. 979-1044.

¹²⁷ M. RADIN, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 87], p. 863-885, spéc. p. 870. Voir également, en réponse, J. M. LANDIS, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 65], p. 886-893. Pour une discussion, voir J.W. HURST, *Dealing With Statutes*, New York, Columbia UP, 1982, p. 33-40 ; W.N. ESKRIDGE, « Legislative History Values », *Chicago-Kent LR*, vol. 66, n° 2, 1990, p. 365-440.

¹²⁸ J. RAZ, « Intention in Interpretation », *op. cit.* [n. 75], p. 273.

1. Des arguments d'ordre constitutionnel

Un premier ensemble d'arguments est d'ordre constitutionnel, tiré de dispositions constitutionnelles contingentes, quoi qu'elles soient reconnues dans de nombreux ordres juridiques.

En premier lieu, la compétence limitée du Parlement prohiberait le recours, même conventionnel, à l'intention du législateur, à double titre.

D'une part, la disposition constitutionnelle habilitant habituellement le Parlement à adopter des lois devrait s'interpréter également comme une limitation : ce dernier ne serait pas habilité à adopter des intentions. Par exemple, l'article 1^{er} de la Constitution américaine qui confère au Congrès la compétence d'adopter des lois devrait se lire comme une prohibition, en creux, de la possibilité pour ce dernier d'imposer des intentions. Comme le résume Max Radin en 1930, la fonction des parlementaires ne serait donc pas « d'imposer leur volonté, [...] mais d'adopter des lois, ce qui est une opération bien précise¹²⁹ ». Antonin Scalia réactualise cette idée : « [nous] sommes gouvernés par des lois, pas par les intentions des parlementaires¹³⁰ ».

D'autre part, cette prohibition se fonderait sur un principe d'indisponibilité des compétences ainsi compris : le Congrès ne pourrait pas déléguer son pouvoir de légiférer à ses commissions ou à ses membres, si bien que ni les rapports adoptés en commission, ni les débats en séance – composantes courantes des travaux préparatoires – ne devraient être pris en compte¹³¹.

En second lieu, cette prohibition serait justifiée par le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. En effet, le recours à l'intention conventionnelle conduirait à minimiser la volonté du Parlement au bénéfice de celle de certaines des voix qui s'y expriment, d'autant plus que les documents parlementaires les plus diffusés, à l'instar des auditions et des débats, sont souvent moins représentatifs de la décision qui a été prise¹³². Or, cela permettrait en réalité aux juges de faire prévaloir leur volonté sur celle du Parlement, en limitant la contrainte qui pèse sur eux au titre des dispositions normatives qui fondent et limitent leur compétence¹³³. Comme le résume Felix Frankfurter, alors juge à la Cour suprême américaine, aller au-delà des

¹²⁹ M. RADIN, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 87], p. 871.

¹³⁰ U.S. Supreme Court, *Conroy v. Aniskoff*, 507 U.S. 511, 519 (1993) (A. Scalia, opinion concordante).

¹³¹ Voir *Bank One Chicago, N. A. v. Midwest Bank & Trust Co.*, 116 Supreme Court, 2637, 645 (1996) (A. Scalia, opinion concordante). Voir également J.F. MANNING, « Textualism as a Nondelegation Doctrine », *Columbia LR*, vol. 97, n°3, 1997, p. 673-739, p. 698-697 ; *id.*, « Second-Generation Textualism », *California LR*, vol. 98, n°4, 2010, p. 1287-1318.

¹³² V. WALD, « Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term », *Iowa LR*, vol. 68, 1983, p. 195-216, p. 202.

¹³³ Voir A. VERMEULE, « Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of *Holy Trinity Church* », *Stanford LR*, vol. 50, n°6, 1998, p. 1833-1896, spéc. p. 1857-1877.

mots utilisés par le Parlement reviendrait pour le juge à « usurper un pouvoir que notre démocratie a confié à son Parlement élu¹³⁴ ».

Ces arguments méritent, à leur tour, d'être tempérés pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les dispositions constitutionnelles habilitant le Parlement à adopter une loi peuvent être comprises comme l'habilitant à conférer une valeur juridique à un texte dans le cadre d'une opération de communication. Dès lors, les indices permettant d'éclairer l'interprète peuvent être pris en compte sans qu'il soit considéré que le Parlement a « adopté une intention ».

En deuxième lieu, le principe d'indisponibilité des compétences est généralement compris, notamment au titre de la « doctrine de non-délégation » aux États-Unis, comme caractérisant les rapports externes entre le Parlement et d'autres institutions, et non les rapports internes entre le Parlement et ses membres.

En troisième lieu, la séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce que les juges cherchent à utiliser tous les indices qui leurs sont offerts pour établir la signification précise de la loi. Pour le reste, cette question rejoint le débat ancien sur le juge qui légifère.

En quatrième lieu, chacun de ces arguments doit être nuancé au regard du cas précis dans lequel l'interprète se fonde sur cette intention conventionnellement rattachée au législateur : il est ainsi possible de considérer que l'élaboration ou que la prise en compte d'une telle fiction sont acceptables pour dissiper l'ambiguïté d'un énoncé ou pour en faire une interprétation propre à garantir la cohérence du système normatif plus large, mais qu'elles ne le sont pas pour écarter l'application d'une loi, ou pour l'invalider¹³⁵.

2. Des arguments d'ordre institutionnel

Le second ensemble d'arguments formulés à l'encontre du recours à l'intention est d'ordre institutionnel. Il tient aux configurations observables dans de nombreux États.

En premier lieu, un argument tient à la position institutionnelle relative des juges, de l'administration et du Parlement. Il est possible de considérer que les juridictions sont institutionnellement dans une meilleure position pour imposer leur volonté que le législateur, en particulier du fait du « paradoxe de la concrétisation¹³⁶ » mis en avant par Otto Pfersmann : des normes

¹³⁴ F. FRANKFURTER, « Some Reflections on the Reading of Statutes », *Columbia LR*, vol. 47, n° 4, 1947, p. 527-546, p. 533.

¹³⁵ Voir M.S. MOORE, « Liberty and the Constitution », *Legal Theory*, vol. 21, n° 3-4, 2015, p. 156-241, p. 218.

¹³⁶ Voir O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 61-149, p. 78-79 ; *id.*, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, t. 2, p. 483-528, spéc. p. 499-501.

de rang inférieur, valides sans être conformes aux normes de rang supérieur, peuvent primer, sinon dans l'ordre de la production normative, du moins dans celui de leur force dérogatoire, si bien que le droit tel qu'il est appliqué est souvent davantage déterminé par la norme de rang inférieur que par la norme de rang supérieur que la première concrétise. Dans ces conditions, le recours à la fiction d'une intention de l'organe d'adoption de la norme fait naître le soupçon qu'il ne privilégie ses préférences au détriment de la norme établie par le Parlement – au lieu de se cantonner au cadre de son habilitation.

La question est compliquée, aux États-Unis, par la jurisprudence *Chevron*¹³⁷. Le contrôle par les juges de l'interprétation faite par l'autorité administrative doit se faire en deux étapes : si le Congrès a réglé la question litigieuse – « si l'intention du Congrès est claire » –, alors le juge, comme l'autorité administrative, doivent tirer les conséquences de cette intention. En revanche,

si le juge considère que le Congrès ne s'est pas directement prononcé sur la question, il ne lui est évidemment pas possible d'imposer purement et simplement sa propre interprétation de la loi, comme il lui faudrait faire si [l'autorité administrative] n'avait pas donné d'interprétation. Il s'agit plutôt pour lui, en cas de silence ou d'ambiguïté de la loi sur la question posée, de dire si la réponse qu'y a apportée [l'autorité administrative] se fonde sur une interprétation admissible de la loi¹³⁸.

Dans ce cas de figure, l'autorité administrative est également habilitée, dans une certaine limite, à faire parler l'intention supposée du Congrès.

En deuxième lieu, dans la mesure où l'interprétation de la loi par une institution n'est pas toujours contrôlée par d'autres institutions – soit que ces dernières ne puissent pas en être saisies, soit qu'elles ne le soient pas effectivement –, le recours à l'intention présenterait un inconvénient majeur : en l'absence d'étalement objectif, celui qui identifie l'ambiguïté pourrait ainsi fonder l'intention qu'il prétend identifier.

La désignation d'une ambiguïté, en tant qu'elle justifierait le recours à une intention supposée, serait un instrument de pouvoir dangereux, puisque l'interprète authentique pourrait alors statuer *contra legem*¹³⁹. Comme l'écrit le juge Easterbrook : « la clarté n'est pas mesurable¹⁴⁰ », si bien qu'affirmer

¹³⁷ Voir *supra*, n. 62.

¹³⁸ U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43 (1984), trad. fr. E. Zoller in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.* [n. 57], p. 190. Le terme *agency* a ici été traduit par « autorité administrative », et non par « agence » qui renvoie, dans un contexte français, à un phénomène plus large – voir l'étude annuelle du Conseil d'État en 2012 –, même si les *agencies* disposent d'une plus grande autonomie que plusieurs « autorités administratives » en France.

¹³⁹ Pour un exemple canonique dans la tradition américaine, voir U.S. Supreme Court, *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892) ; pour une étude, voir C.E. ALCHOURRÓN, « On Law and Logic », *Ratio Juris*, vol. 9, n° 4, 1996, p. 331-348, spéc. p. 343-344 ; pour une critique « textualiste », voir A. SCALIA, *A Matter of Interpretation..., op. cit.* [n. 30], p. 18-23.

¹⁴⁰ F.H. EASTERBROOK, « The Role of Original Intent in Statutory Construction », *Harvard J. of Law and Public Policy*, vol. 11, 1988, p. 59-66, p. 62.

« trouver des réponses manquantes » de cette manière revient à « s'approprier un pouvoir tout en critiquant le Congrès », au nom d'une « “intention” qui ne peut en définitive être trouvée que dans l'esprit du juge¹⁴¹ ».

C'est là, au demeurant, la limite majeure de la distinction empruntée à John Austin¹⁴² par Roscoe Pound¹⁴³ entre l'interprétation sincère (*genuine*) et l'interprétation fallacieuse (*spurious*). La première serait fondée sur la recherche *directe* de l'intention de l'auteur de la norme, sur une analyse des enjeux qu'il a dû affronter. La seconde serait fondée sur la recherche *indirecte* de l'intention de l'auteur de la norme, conduisant l'interprète à substituer ses propres conceptions à celles de l'auteur de la norme. Cette distinction, pourtant, ne peut que se fonder sur un étalon doté d'un degré suffisant d'objectivité. En l'absence de ce dernier, le risque est que l'interprète tende à sélectionner certaines règles d'interprétation parmi d'autres, et à justifier le résultat vers lequel il incline en légitimant sa décision par la mise en avant d'une intention de l'auteur de la norme dont il a seul déterminé le contenu¹⁴⁴.

En troisième lieu, le recours à l'intention du législateur rétroagirait négativement sur le comportement des parlementaires. En effet, le recours aux travaux préparatoires réduirait leur incitation à agir de façon vertueuse, à deux titres : en ne les poussant pas à rédiger des lois aussi précises que possible, et en les invitant à prédéterminer stratégiquement les travaux préparatoires pour en faire un usage détourné.

Ces critiques adaptent à la question du recours à l'intention du législateur des arguments bien connus à propos de la marge de manœuvre des interprètes authentiques des énoncés normatifs en général – certains auteurs transposant simplement à l'échelle législative des débats plus généraux, en droit constitutionnel, sur la place du juge et sur l'étendue de la liberté qui doit lui être accordée.

Elles gagnent à leur tour à être nuancées à plusieurs titres.

En premier lieu, la prise en compte de l'intention conventionnelle peut être autant conçue comme une contrainte que comme un instrument stratégique. Or, si la contrainte l'emporte, l'interprète est poussé, sous ce rapport, à une plus grande humilité dans l'exercice de sa tâche¹⁴⁵.

En deuxième lieu, si l'on considère que l'activité parlementaire est globalement sérieuse, alors la charge de la preuve repose sur ceux qui souhaitent écarter le recours aux travaux préparatoires.

¹⁴¹ F.H. EASTERBROOK, « The Role of Original Intent... », art. cité [n. 140], p. 66.

¹⁴² Voir J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 4^e éd., London, John Murray, 1873, t. 2, p. 1023-1027.

¹⁴³ R. POUND, « Spurious Interpretation », art. cité [n. 45].

¹⁴⁴ F.J. HORACK, « In the Name of Legislative Intention », art. cité [n. 110], p. 124-125.

¹⁴⁵ Voir également J.M. LANDIS, « Statutory Interpretation », art. cité [n. 65], p. 891.

En troisième lieu, rien ne permet de penser que les juges sont moins bien placés que d'autres organes pour fixer une telle intention conventionnelle.

En dernier lieu, dès lors que les juges ne jouent pas un rôle exclusif dans la fixation du sens des énoncés législatifs – leur action s'inscrit *de facto* dans une coopération avec les autorités administratives et avec le Parlement¹⁴⁶ –, des mécanismes de régulation fondés sur les liens entre institutions sont susceptibles d'inciter chaque interprète authentique de l'énoncé législatif à un minimum de sérieux.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse critique des arguments déployés au soutien ou à l'encontre du recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus, plusieurs lignes de force sont apparues.

Tout d'abord, l'idée d'une intention « réelle » ou « psychologique » soulève de nombreux problèmes qu'une critique interne des arguments formulés à son encontre n'a pas suffi à dissiper. Il est donc difficile de se fonder sur cette dernière, sinon à titre d'hypothèse de pensée générale et minimale : les parlementaires ont probablement eu la volonté d'adopter une norme en agissant comme ils l'ont fait. Or, cela ne permet généralement pas de résoudre l'ambiguïté de l'énoncé – qui porte sur son contenu, non sur sa normativité.

Reste la possibilité de recourir à l'intention du législateur conçue comme une convention, détachée de toute considération psychologique. Sa neutralité intrinsèque est à la fois source de souplesse et cause d'inanité apparente. Il ne s'agit alors plus de prétendre se fonder sur une donnée constatable empiriquement, mais sur une simple hypothèse jugée du point de vue de sa capacité à emporter l'adhésion, à justifier qu'entre les deux sens rendus possibles par l'ambiguïté, l'un soit privilégié au détriment de l'autre.

Cette conception mérite certes d'être prise au sérieux au moins au second degré, dès lors que des juges reconnaissent qu'il s'agit d'un élément utile dans leur « boîte à outils¹⁴⁷ », propre à confirmer leur compréhension première de l'énoncé¹⁴⁸ et à justifier, entre deux sens possibles d'un mot ou d'une phrase, celui qu'ils décident de privilégier.

Mais le recours à cette dernière ne saurait être considéré comme absolument satisfaisant. Son évaluation ne peut être menée qu'à titre relatif, en regard des autres méthodes disponibles face à un énoncé donné et de l'objectif qui leur est assigné. La prudence impose alors de ne jamais considérer le recours à « l'omniprésente fiction démoniaque de “l'intention légi-

¹⁴⁶ Voir W.N. ESKRIDGE, Ph.P. FRICKEY, « The Supreme Court, 1993 Term. Foreword: Law as Equilibrium », *Harvard LR*, vol. 108, n° 1, 1994, p. 26-108, spéc. p. 28-29 ; R.A. KATZMANN, *Judging Statutes*, Oxford, OUP, 2014, p. 27-28.

¹⁴⁷ Voir R.A. KATZMANN, *Judging Statutes*, *op. cit.* [n. 146], p. 55.

¹⁴⁸ Voir *ibid.*, p. 35.

slative¹⁴⁹ » , selon la formule de Karl Llewellyn, que comme un moindre mal, intrinsèquement insatisfaisant, pertinent faute de mieux.

Julien Jeanneney

Maître de conférences à l’École de droit de la Sorbonne, Julien Jeanneney est l’auteur d’un ouvrage consacré aux lacunes constitutionnelles (Paris, Dalloz, 2016).

¹⁴⁹ K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston, Little & Brown, 1960, p. 382.

Ralf Poscher

THE NORMATIVE CONSTRUCTION OF LEGISLATIVE INTENT

Legislative intent is as controversial in legal theory as it is crucial for the legitimization of constitutional and statutory law. It is crucial for the legitimization of large parts of modern legal systems which are dominated in ever-larger parts by legislation not only on the European Continent but also in the Anglo-American legal sphere. In modern legal systems, there is no escape from the administrative state which is ruled not by common law, but by statutes on different levels running from constitutions, to parliamentary legislation and administrative regulations down to municipal bylaws. All these legal rules receive their political legitimacy,³⁰¹ from the personal legitimacy of the authorities that created them. Were they not created by democratically legitimate authorities, they would lack the component of their political legitimacy. However well founded in moral theory, promulgations of rules by a concerned moral philosopher would not acquire the necessary political legitimacy. Thus, from the perspective of legitimacy the often voiced theoretical skepticism regarding legislative intent is most worrying.

Were the legislature not capable of having intentions, the laws it passes would not receive their meaning from the legislator. The laws would have at most the formal legitimacy conferred by passing through a legislative process, but there could be no connection between the substance of the law and the legislature, since the legislature would not be capable of having substantive intentions. Legislation would become an unintentional process, a strange ritual by which we produce the content of our statutory legal texts unintentionally. Statutes would be more like the unintentionally produced order of bones in a shamanistic ritual, with the legislature – unlike the shaman – not even being in the position to interpret the signs.

But legislative intent is not important only for the legitimacy of large parts of the law. It is also central to an analytical reconstruction of legal hermeneutics. As amongst others the work of Paul Grice and Donald Davidson has highlighted, non-natural signs acquire their meaning only through the communicative intentions that are connected to them. No meaning, no interpretation and no hermeneutics of linguistic expressions can exist without communicative intentions, be they factual or fictive. Central to communicative intentions is an intentional subject. For the law, that means the legislator. Without a convincing reconstruction of legislative intent, the whole analytical reconstruction of legal hermeneutics fails to get off the ground.

³⁰¹ Along with personal legitimacy based on inputs there are other sources of legitimacy like the out-come legitimacy that the statutory law produces by doing a good job at regulating its subject areas.

The strange consequences for a conceptualization of our legislative practice and for the consequent issues of legitimacy have never disturbed – and sometimes may even have inspired – a long-standing tradition of skepticism with respect to legislative intent. This skepticism has two roots: one theoretical, the other empirical. Initially, theoretical skepticism was at the forefront. The idea of legislative intent was already strongly challenged³⁰² by so-called “objectivist” authors in the German methodological discussion at the end of the nineteenth century and later especially by realist authors in the Scandinavian³⁰³ and American³⁰⁴ tradition.³⁰⁵ In this line of critique, the idea of collective intention as such is criticized as philosophically dubious. It seems to presuppose collective minds, an assumption that does not sit well with a realist ontology.³⁰⁶ A collective intention of the legislature had to be at best an innocent fiction, or more likely a part of the mainstream legal ideology which had to be exposed. These skeptics discarded the idea of collective legislative intention already on a theoretical basis as a fiction or as philosophically unsound: Intentions are associated with mental states and only individuals are capable of mental states. Collective intentions and agency appear to be metaphysically and ontologically suspect.

On the other side of the recent debate, philosophers like Raimo Tuomela,³⁰⁷ John Searle,³⁰⁸ Margaret Gilbert,³⁰⁹ and Michael Bratman³¹⁰ have offered reductive accounts, which reconstruct collective intentions as complex sets of synchronized, interdependent intentions of individuals. These theories have inspired scholars aiming to free our ideas about legislative intent from suspect philosophical presuppositions like collective minds, which lurk

³⁰² K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Bd I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 469-474; J. KOHLER, « Ueber die Interpretation von Gesetzen », *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 13, 1886, p. 1-61; A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 254-265; see also C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin, Liebmann, 1912, p. 30.

³⁰³ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig, Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 336-337.

³⁰⁴ O.W. HOLMES, « The Theory of Legal Interpretation », *Harvard Law Review*, 12, 1899, p. 417-420, p. 419-420; M. RADIN, « Statutory Interpretation », *Harvard Law Review*, 43, 1930, p. 863-885, p. 869-872.

³⁰⁵ See T. WISCHMEYER, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 230-236.

³⁰⁶ H.M. HURD, « Sovereignty in Silence », *Yale Law Journal*, 99, 1989, p. 945-1028, p. 969-970.

³⁰⁷ R. TUOMELA, « We Will Do It: An Analysis of Group-Intentions », *Philosophy and Phenomenological Research*, 51, 1991, p. 249-277.

³⁰⁸ J.R. SEARLE, « Collective Intentions and Actions », in P.R. COHEN, J. MORGAN & M.E. POLLACK (ed.), *Intentions in Communication*, Cambridge MA, MIT Press, 1990, p. 401-415.

³⁰⁹ M. GILBERT, *On Social Facts*, London, Routledge, 1989, especially p. 197-200; M. GILBERT, *Sociality and Responsibility*, Blue Ridge Summit, Rowman & Littlefield, especially p. 1-31.

³¹⁰ M.E. BRATMAN, *Faces of Intention*, 1st ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 125-129, p. 142-161.

in the ontological background of the traditional defenders of legislative intent.

Empirical skepticism features more prominently in more recent discussions of the methodological status of legislative intent in legal interpretation. Even those who would accept some kind of philosophical reconstruction of collective intention under some reductive philosophical account are empirically skeptical about their applicability to the larger collective bodies, like parliaments or senates or city councils, involved in the creation of most of our statutory law. Authors like Ronald Dworkin,³¹¹ Heidi Hurd,³¹² and Jeremy Waldron³¹³ do not question the metaphysical status of legislative intent as much as its empirical feasibility, at least under the conditions of the modern legislative process. They can point to the fact that at least in parliament, more often than not, most legislators have not even read the law they are voting on, and sometimes do not even have the faintest idea about it. In such situations, the legislators are instructed by party leaders and whips on how to vote on which bill, and most of the time the legislators do as they are asked, without getting involved in the substance. What sounds like a cynical description of modern lawmaking is simply a necessity, given the legislative workload, which calls for a division of labor in parliament, as in every other institution of modern complex societies.

The skeptics doubt that under these conditions the individual legislators' intentions can ever correspond sufficiently to uphold the idea of a collective intention that satisfies the conditions of the reductive reconstructions. They can point to the fact that the reductive accounts were primarily developed for the collective intentions of small groups, like a couple taking a walk together or some lumberjacks collectively chopping down a tree, situations where there really might be corresponding and interlocking individual intentions. To suppose, however, that the same conditions hold for a several hundred legislators seems too farfetched for the skeptics. Even if something like collective intentions were theoretically feasible, it seems unclear how they could arise from the process of parliamentary legislation, with its many different players associating very different intentions with a legislative act, or even lacking any specific intentions regarding the content of the bill at all.

More recently, different reactions to this critique have evolved which rely on philosophical discussions of group agency. To counter the argument pertaining to the small-group setting, some defenders of legislative intent have drawn on the account of group agency of Christian List and Philip Pettit.³¹⁴ Their approach relies on the organizational structure and rationalizing

³¹¹ R.M. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986, p. 317-337.

³¹² H.M. HURD, « Sovereignty in Silence », *op. cit.*, p. 971-976.

³¹³ J. WALDRON, « Legislators' Intentions and Unintentional Legislation », in *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 119-146, p. 142-144.

³¹⁴ V. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History », *Boston College Law Review*, 55, 2014, p. 1613-1658, p. 1638-1644; T. WISCHMEYER, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, *op. cit.*, p. 248-250; T. WISCHMEYER, « Der "Wille des Gesetzgebers" », *JuristenZeitung*, 70, 2015, p. 957-966, p. 962-963.

procedures of some groups to reconstruct our practice of assigning agency to corporations, political parties, churches, and also legislators as nested group agents within the state as the encompassing group agent. At first glance, their theory seems highly attractive for defenders of legislative intent, since the legislature itself has an organizational structure and is governed by constitutional and parliamentary rules that look very much like those referenced by List and Pettit in defending their claim of group agency. A closer look, however, reveals that List and Pettit do not address the specific issues of legislative intent, which they presuppose, and that these issues are not addressed by philosophical theories of collective intentionality they refer to either, since these theories do not deal with large sized groups. This is not to say that theories of collective intentionality and group agency do not offer important contributions to our reconstruction of legislative intent and our talk of the legislature as a collective agent. However, they are very general in nature, and therefore do not address all the specific issues that will arise with some form of collective intentionality and group agency, although it might be a fair conjecture that many group agents other than the legislature present similar problems.

Part I will show that theories of group agency do not help to address the most basic issue of legislative intent, because they build on and presuppose collective intentions.

Part II reconstructs the possibility of an overlap between the actual individual intentions of legislators. It shows that, taking the anaphoric character of the actual intentions of each legislator into account, it might even be possible to find the necessary overlap with respect to some core elements of a bill, under favorable circumstances. However, first, given the huge number of participants, it will always be difficult to support such a scenario with the necessary epistemic certainty; second, it will only work – if at all – with respect to paradigmatic instances of the law and not for instances of semantic indeterminacy, when recourse to legislative intent is most needed.

Part III builds on the anaphoric reconstruction of the second, and shows where exactly our pervasive talk of legislative intent is infused with a normative construction. It tries to glean the content of the construction from evidence of our practices with respect to the legislative process and outcomes. One important finding lies in the epistemic character of the normative construction involved. This reconstruction is contrasted with and defended against alternative accounts.

Part IV briefly contrasts the epistemic normative construction underlying legislative intent with the substantive normativity involved in legal construction, which comes into play when legal interpretation on the basis of legislative intent leaves the law indeterminate for the case at hand.

The conclusion sums up the implications of the epistemic normative construction of legislative intent for our practice of legal interpretation and how it fits into the overall analytical reconstruction of legal hermeneutics.

I. LEGISLATIVE INTENT AND GROUP AGENCY

Let us address the problem top down: Let us ask what the idea of group agency requires, and then see whether these requirements can be met in the case of the legislature or whether there is still something missing to account for our pervasive talk of legislative intent.

List and Pettit's theory of group agency is part of a larger theoretical project that tries to account for social phenomena along the lines of a Davidson-inspired supervenience account of psychological and social explanations. Just as chemical and biological explanations supervene on the causal relations of the microphysical elements described in an ideal physics, psychological explanations supervene on neurophysiological ones, and social explanations supervene on psychological, i.e. intentional, ones. Higher-order causal explanations, which ultimately supervene on the microphysical causal relations tracked by an ideal physics, have their irreducible explanatory value, since they reveal supervening regularities not traceable at the microphysical level.³¹⁵ Davidson highlighted the value of causal explanations under different descriptions;³¹⁶ Frank Jackson and Philip Pettit framed it in a program theory, according to which higher-order explanations reveal to which type of event some state of affairs is programmed, irrespective of the different microphysical tokens that might realize the subsequent type.³¹⁷

Group agents supervene in this fashion on individual agents. They supervene, because the intentions ascribed to group agents are in certain respects independent of the intentions of the individual agents constituting the group: The group intentions are realizable with many different constellations of individual intentions, just as higher-order causal explanations are multi-realizable with respect to lower-order phenomena. Group agency is not ontologically independent of the intentions of the individual members – just as biological facts are not ontologically independent of microphysical ones – but they are epistemologically and thus explanatorily independent, in that they develop a life of their own, instantiated by different complex constellations of intentions that are difficult to track.³¹⁸

One theoretical reason for epistemological independence stems from theoretical issues with the aggregation function for group intentions. Were groups to rely on unanimity as an aggregation function, the intentions of the

³¹⁵ P. PETTIT, *The Common Mind*, New York, Oxford University Press, 1993, especially p. 229; cf. D. DAVIDSON, « Mental Events », in *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon, 2001, p. 207-227, p. 214.

³¹⁶ D. DAVIDSON, « Three Varieties of Knowledge », in D. DAVIDSON (ed.), *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 205-220, p. 215-220.

³¹⁷ F. JACKSON & P. PETTIT, « Structural Explanation in Social Theory », in D. CHARLES & K. LENNON (eds.), *Reduction, Explanation, And Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 97-131, p. 117-126. Further on program explanations F. JACKSON & P. PETTIT, « Functionalism and Broad Content », *Mind*, 97, 1988, p. 381-400, p. 391-397; F. JACKSON & P. PETTIT, « Program Explanation: A General Perspective », *Analysis*, 50, 1990, p. 107-117.

³¹⁸ C. LIST & P. PETTIT, *Group Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 79.

group and the intentions of its individual members would always be in sync. Group intentions would thus never be independent of the intentions of its individual members. Unlike some juries, most groups do not rely on unanimity, because this would seriously impair their potential to form collective intentions at all. Under majoritarian aggregation functions, however, there is no strict relation between the intentions of the individual members and the aggregated intentions of the group.

This point is easily illustrated by a simple example of the so-called doctrinal paradox – or more generally the discursive dilemma – taken from Pettit and List: “For example, the group could be a university committee deciding on whether a junior academic should be given tenure, with three relevant propositions involved: first, the candidate is excellent at teaching; second, the candidate is excellent at research; and third, the candidate should be given tenure, where excellence at both teaching and research is necessary and sufficient for tenure.”³¹⁹ The group judgment on the case depends on whether the majoritarian aggregate function takes a premise-based or a conclusion-based approach.³²⁰ A majority vote on tenure would not support it, whereas majority votes on the two premises would.

	Teaching?	Research?	Tenure?
Judge 1	True	True	True
Judge 2	True	False	False
Judge 3	False	True	False
Majority	True	True	False

The same holds for decisions on legal cases. To take another example from List and Pettit:³²¹

According to legal doctrine, obligation and action are jointly necessary and sufficient for liability; that is, the conclusion is true if and only if both premises are true. Suppose, as shown in Table 2.1, judge 1 believes both premises to be true; judge 2 believes the first but not the second premise to be true; and judge 3 believes the second but not the first to be true. Then each premise is accepted by a majority of judges, yet only a minority, that is, judge 1, individually considers the defendant liable. The ‘doctrinal paradox’ consists in the fact that the court’s verdict depends on whether it votes on the conclusion or on the two premises: a majority vote on the issue of the defendant’s liability alone would support a ‘not liable’ verdict, whereas majority votes on the two premises would support a ‘liable’ verdict.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 92.

³²⁰ P. PETTIT, « Groups with Minds of their Own », in F.F. SCHMITT (ed.), *Socializing metaphysics*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2003, p. 467-493, p. 172.

³²¹ C. LIST & P. PETTIT, *Group Agency*, *op. cit.*, p. 44.

Table 2.1: The Doctrinal Paradox

	Obligation?	Action?	Liable?
Judge 1	True	True	True
Judge 2	True	False	False
Judge 3	False	True	False
Majority	True	True	False

Since groups are faced with the dilemma also diachronically, they are, due to the demand for consistency of group intentions, under high pressure to adopt a premise-based approach.³²² Thus, groups will end up supporting conclusions that are not supported by the majority of its members. The positions of the group supervene on the intentions of its members in an epistemologically interesting way, since they follow a consistency of their own, instantiated by constellations of individual intentions that are difficult to track and to predict, and not necessarily shared by the majority of its members. This kind of independence from the consistency of individual intentions leads List and Pettit to ascribe an epistemological status of their own to group agents.

But not every aggregation of individuals is a group agent. There are basically two conditions that a number of individuals must satisfy to qualify as a group agent. The first condition is the existence of collective or joint intentions.³²³ Without joint intentions there is no group agency. Agents are intentional entities; entities to which we cannot ascribe intentions may respond to their environment, but are not agents in any pre-theoretical or theoretical sense. A vending machine reacts to the coin, but we cannot ascribe to it the intention of selling a product.³²⁴ If groups are to qualify as agents, they have to provide for intentions of their own, i.e. collective or joint intentions.

List and Pettit here rely on and presuppose a reconstruction of collective intentions along the lines of the positions in the theory of action, which provide a reductive account congenial to their overall supervenience approach. Without committing to it, they take – mainly inspired by Michael Bratman – from these discussions four conditions that the individual members of the group have to satisfy to form a collective intention:

Shared goal. They each intend that they, the members of a more or less salient collection, together promote the given goal.

Individual contribution. They each intend to do their allotted part in a more or less salient plan for achieving that goal.

Interdependence. They each form these intentions at least partly because of believing that the others form such intentions too.

³²² P. PETTIT, « Groups with Minds of their Own », *op. cit.*, p. 175-178.

³²³ P. PETTIT, « Collective Persons and Powers », *Legal Theory*, 8, 2002, p. 455 f.; C. LIST & P. PETTIT, *Group Agency*, *op. cit.*, p. 33-35.

³²⁴ See *ibid.*, p. 23.

Common awareness. This is all a matter of common awareness, with each believing that the first three conditions are met, each believing that others believe this, and so on.³²⁵

Collective intentions can be reduced to a set of individual intentions that overlap and interlock as set out in these four conditions. In the case of our three judges, they form a collective intention with regard to the case – irrespective of the aggregation function adopted – because they share the goal of reaching a decision on that specific case under the voting rules adopted, they each intend to cast their vote according to these rules, they do so, because they believe that the other two judges do the same, and they are all aware of these circumstances; thus, their verdict fulfills the conditions for a collective intention.

List and Pettit's point now is that collective intentions alone are not sufficient to ascribe group agency. They do not abstract from collective intentions as the basis for group agency, but require organizational and substantive standards that assure a certain degree of synchronic and diachronic rationality and consistency in the formation of collective intentions across different issues and over time to ascribe group agency.³²⁶

And the integrated collectivity can be relied upon to achieve a rational unity in the judgments and intentions endorsed, unlike the group that meets only the mutual-awareness conditions for forming collective attitudes. It satisfies the *dual basis* that is necessary for a collectivity to count as an intentional subject.³²⁷

It has been stressed in the more recent literature on legislative intent that the legislator and the rules and regulations of legislative procedure warrant some optimism that the legislature satisfies this second rationality condition to count as a group agent.³²⁸ The reference to the organizational structure of the legislature and its rationalizing procedures, however, only concerns the second of the two conditions for group agency. Without meeting the first – the formation of collective intentions – the second condition can never be met.

Especially in the more recent literature, the critique of legislative intent, however, questions the *first* condition on empirical grounds. What is contested with regard to legislative intent is the intentional basis for collective intentions of large groups of lawmakers in representative assemblies. Even if we grant the premises of collective intentionality along the lines of a reductive account à la Bratman and of group agency à la List and Pettit, the factual skepticism based on what we know about the legislative process in modern legislatures remains to be addressed. In the German parliament, MPs are given written voting instructions by their parliamentary party leaders. If it is not in their area of expertise, it is not uncommon for MPs not to

³²⁵ *Ibid.*, p. 5.

³²⁶ P. PETTIT, « Groups with Minds of their Own », *op. cit.*, p. 180-184.

³²⁷ *Ibid.*, p. 181 – not in original.

³²⁸ V. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History », *op. cit.*, p. 1638-1644; T. WISCHMEYER, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, *op. cit.*, p. 248-250.

know what the bills they are voting on are about – except maybe the general topic. To ensure that MPs do not get confused, a well-known member of their parliamentary group is usually placed at the yes- or no-ballot box, so that they can make sure – and probably also control – that the instructions were understood. Nevertheless, it still happens that some members confuse different bills, usually leading to sharp criticism from their parliamentary leaders. In routine cases, this is not evidence of the depraved state of German parliamentarianism, but testifies to the division of labor necessary in modern parliaments, faced with an overload of highly complex and technical legislative projects.

The empirical reality of parliamentary practice relating to issues of legislative intent concerns the first of the two conditions for group agency: its intentional basis. It challenges the idea that the intentions of the individual representatives – and other officeholders involved – show the necessary overlap and interconnectedness required for collective intentions that could then in addition meet the rationality requirements postulated by List and Pettit for group agency. Since the second condition builds on the first, no procedural rules or regulations can compensate for the lack of collective intentions. The rules of legislative procedure might offer all the rationality safeguards that one could ask for; they would still not make up for a lack of collective intentionality, since they apply to the collective intentions of a group agent and thus presuppose them. That is why appeals to parliamentary procedure do not address the most pressing issue of legislative intent.³²⁹ Rational rules and procedures alone provide for neither group agency nor collective intent. They can build on the latter to provide the former, but cannot substitute for the intentional basis. They can only justify parliament being regarded as a group agent if we can come up with a credible reconstruction of instances of collective intent for that body.

Neither can the appeal to parliamentary procedures and their rationality presuppose a “rational legislature” independent of the intentions of the individual lawmakers, as Richard Ekins suggests.³³⁰ Parliamentary rules and procedures might guarantee a certain rationality of the “legislature”, but they do not explain how the collective intentions necessary to form a group agent like the “legislature” comes about. We cannot explain the emergence of a collective intent of the *legislature* by relying on a *rational legislature*. The argument from the “rational legislature” presupposes what it claims to explain.

If the skeptics about the collective intentions of the legislature are right, it would resemble a panel of judges in the above example, except that each of the three judges would have a different case in mind when casting her vote. Just as such a panel would never qualify for group agency, the legislature would not qualify for group agency if the intentions of the individual

³²⁹ Contrary to what is suggested by V. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History », *op. cit.*, p. 1638–1644; T. WISCHMEYER, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, *op. cit.*, p. 248-249, p. 381-384.

³³⁰ R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 230-243.

legislators would not be sufficiently synchronized. This point is not only independent of all procedural rationality safeguards, but also of the aggregation function. Even if the aggregation function were unanimity, it would require members of the group to cast their vote on the same issue. If the three members of the tenure committee had three different candidates in mind when casting their vote, it would not constitute a collective intention, even if each of them were in favor of her candidate on all points.

Also for List and Pettit's account of group agency, the crucial question remains whether there is a sufficiently synchronized intentional basis for assuming a legislative intent and group agency. If we wish to justify our talk of legislative intent and group agency, we have to come up with intentions shared by the individual legislators and interconnected in one of the ways suggested by the theories of collective intentionality. The efforts in the theories of collective intentions and group agency have shown in which metaphysically- and ontologically-unsuspect sense we can talk about collective intentions and ascribe agency to groups. The theoretical sophistication of our talk of legislative intent and group agency thus addresses the mainly theoretical concerns about legislative intent voiced in some older lines of critique. They also describe more precisely what we have to look for if we want to assign collective intentions and agency, but they do not answer the question of whether these conditions obtain empirically in the case of the legislature.

II. LEGISLATIVE INTENT AND COLLECTIVE INTENTIONS

What is required for an actual legislative intent to obtain are overlapping and interlocking intentions of the individuals involved, along the lines of the reductive accounts described above. In the case of a parliamentary assembly we thus need individual intentions shared by the representatives voting on a bill.

A. The Minimal Collective Intent to Legislate

Joseph Raz pointed out that there must at least be a minimal collective intention, in the sense that each legislator casts her vote with the same intention – to pass a law.³³¹ Raz admits that this is a rather sparse collective intention, which does not resolve any of the issues discussed in the methodological debates about legislative intent. But sparse as it is, Raz thinks that this is all that is realistically available. There are no collective communica-

³³¹ J. RAZ, « Intention in Interpretation », in *Between authority and interpretation*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, p. 265-298, p. 273-285; cp. K.A. SHEPSLE, « Congress is a “They,” not an “It”: Legislative Intent as Oxymoron », *International Review of Law and Economics*, 12, 1992, p. 239-256; also R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, op. cit., p. 219, on the standing intention of individual legislators to legislate.

tive intentions that could go beyond the conventional meaning of the text at the time of its promulgation.³³²

Raz's minimal intention is not nothing. The sparse collective intention of passing a law can at least explain our intuition that legislation is an intentional collective activity and not some happenstance. It also encompasses the intention to accept the majority rule set up for the institution, for the outcome of a vote on how the collective intention of the institution is to be determined. The individual legislators unanimously accept that the positive or negative vote will count as the collective intention of the legislative body to either accept or reject a proposal, even when the acceptance or rejection itself is not unanimous. The collective intention with respect to the outcome of the vote as the intention of the institution is not only the collective intention of the majority but the intention of all the members of the legislature.³³³ In this, legislatures are no different than the tenure committee or the panel of judges in List and Pettit's examples.

Raz's sparse collective intention has found no critics. On the one hand, advocates of legislative intent see it as at least a starting point. From this perspective, it proves that there is in any case an undisputable collective intentional basis for legislative intent.³³⁴ On the other hand, skeptics of legislative intent do not seem to object, since it is for all practical purposes without any consequences. According to Raz, his reconstruction of legislative intent does not pertain to any content of the law, but only to the act of legislation as such. With respect to the legitimacy issues connected with the idea of legislative intent, the minimal Razian intention provides little comfort. Questions of the legitimacy of the law need to address its content. They are not answered by reference to the fact that the legislator wanted to pass *a* law, they also pertain to whether the content of the law can be traced back to a collective intent of the group of individuals we have invested with personal representative democratic legitimacy. If all we can come up with is the sparse Razian collective intention, it would be like the tenure committee that agrees to vote on *a* candidate but does not specify which candidate each member is voting on. Such a voting procedure would not even be regarded as rational, let alone convey legitimacy and group agency, which requires meeting rationality standards over time, would ever come out of it.

B. The Anaphorical Structure of Legislative Intent

A way to reach a richer legislative intent on the basis of Raz's sparse conception might emerge if the intentional structure of the voting act is examined in more detail. What do legislators actually communicate when they vote on a bill? They do not communicate very much; they just say "yes" or "no" by either checking a yes- or no-box on a ballot, by raising their hand in

³³² J. RAZ, « Intention in Interpretation », *op. cit.*, p. 292; see also J. WALDRON, « Legislators' Intentions and Unintentional Legislation », *op. cit.*, p. 142-144.

³³³ R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, p. 222, p. 234.

³³⁴ V. NOURSE, « Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History », *op. cit.*, p. 1627-1628.

response to a yes- or no-call, by putting their voting card into the yes- or the no-box, or by some other voting mechanism, like the division of the assembly or the German “*Hammelsprung*”, a procedure where members of parliament enter the assembly hall through yes- and no-doors. But however the details of the voting procedure, all they communicate is “yes” and “no”. In particular, they do not communicate the whole text of the bill they vote upon, by e.g. collectively reciting it, as is sometimes done when a group makes a pledge – like the voters at some of Donald Trump’s rallies in the 2016 primary campaign.

The meaning of the utterance “yes” or “no” is not apparent without a point of reference. Linguistically, “yes” and “no” are propositional anaphors.³³⁵ They relate to a proposition that they affirm or reject. On some occasions, people might utter “yes” or “no” as an expression of joy or excitement or disbelief or frustration, but usually “yes” and “no” relate to another utterance with which propositional communicative intentions are connected. Just like the truth predicate,³³⁶ “yes” and “no” allow the speaker to endorse or reject propositions by uttering a single expression. If asked whether you want to go to the movies tonight, the answer “yes” means “I want to go to the movies tonight.” The same holds for the affirmation or rejection of other factual statements, like whether it is raining. Like the truth predicate, “yes” and “no” not only allow a speaker to endorse or reject a single proposition, but also complex sets of propositions. An attorney can deliver a complex description of some factual circumstance relevant to the trial and ask the witness if that is what happened. The witness can simply say “yes” or “no” to endorse or reject the whole set of propositions with which the attorney described the scene. It is this feature in particular that makes “yes” and “no” so attractive for legislation. With a simple “yes” or “no”, the legislators can endorse or reject highly complex sets of normative propositions.³³⁷ In the context of the reunification of Germany, the German parliament voted on the “Unification Treaty”, which comprised no less than a complete legal order for the former GDR and much more, with a single vote.

The anaphoric character of the vote supports the idea that there is some kind of actual collective intention established by the synchronized and interdependent intentions of all the legislators. They all say “yes” or “no” with respect to the same text. This idea is not threatened by the fact that some parliamentarians vote for and some against the bill. As in the case of the tenure committee, unanimity is not necessary, because they agreed on an aggregation rule. It is not the majority that passes the bill, but the whole legislature, as long – as in the case of the tenure committee – as they vote on

³³⁵ M. KRIFKA, « Response Particles as Propositional Anaphors », *SALT*, 23, 2013, p. 1-18.

³³⁶ On the prosentential character of the truth predicate, see D. GROVER, *A Prosentential Theory of Truth*, Princeton, NY, Princeton University Press, 1992; for the legal context, see R. POSCHER, « Wahrheit und Recht », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 89, 2003, p. 201-215, p. 205-210.

³³⁷ Y. MALEY, « The Language of Legislation », *Language in Society*, 16, 1987, p. 25-46, p. 31-32 tries to capture the anaphorical character of the vote by distinguishing between the source of the law and the draftman.

the same subject. But this is where the trouble begins. Even taking into account the anaphoric character of their vote, the hundreds of legislators would have a collective intention with regard to the content of the law only if they associated the same communicative intention with the text they are voting on. But this is far from evident.

Most legislators will only have a clear idea what they are voting on in their areas of expertise and specialization. The rest will rely on the expertise of their colleagues and party leaders, and base their vote on their trust in them. One way out of the difficulty of reaching an actual collective intention based on actual individual intentions might rely on deferential intentions of the individual representatives. They might all defer to the intentions of the party leaders sponsoring a bill and thus reach an actual empirical collective intention. But there might be different interpretations of the text on the two sides of the aisle house, with some legislators deferring to the intention connected with the text by the majority leader and others to the different intentions of the minority leader. Since only a common intention can serve as a basis for collective intent, the communicative intention connected with it by the majority or its leader does not have any special status. The vote can only deliver a collective intention in as far as those rejecting the bill anaphorically also refer to the same communicative intention – only rejecting it on the basis of the content that the affirming majority also connects with it.

Further, there are many other candidates for a deferential anaphoric reference – to name but a few: the intentions the individual representative would have associated with the text, if she had read it, given her contextual knowledge, intentions that will vary from representative to representative; the intentions that a general reader would connect with it, contrasted with a reader versed in the field, a lawyer, a specialized lawyer, and so on. Things are further complicated by the fact that some members of the legislature might have actually read the bill and come to their own understanding of it and thus did not defer. And further, the meaning that different readers among the legislators attached to the text would most likely diverge in some detail.

There is little reason to be empirically confident that all the representatives had the same anaphoric propositional reference in mind – even though they all referred to the same text. Empirically it seems that the most that we can hope for are different propositional anaphoric references that overlap to some extent. What the sponsor of the bill had in mind overlaps, for paradigm cases, with the meaning that casual and experienced readers of the bill would associate with the text and this would lead to an overlap of the different deferential intentions of some of the lawmakers. This overlap might, in favorable circumstances, epistemically justify us in concluding that there is a core of an actual empirical collective intention of the legislature. So the combination of the anaphoric character of the vote and the overlap of the different – in part deferential – anaphoric references each legislator had in mind might – under favorable circumstances – provide for a minimal actual collective communicative intention. But it seems far-fetched to assume that the overlap of these actual collective communicative intentions could ever go beyond communicative intentions that cover paradigm cases of the semantic meaning – cum basic context – of the legislative text. Beyond those,

we can hardly have any epistemic confidence in associating actual collective communicative intentions with a legislative text.

For all those cases in which we need to revert to legislative intent, namely all cases of doubt and semantic indeterminacy, there is little epistemic reason to count on an actual empirical collective communicative intention. Thus, we might get a little bit further than Raz's sparse collection intention to one that at least covers paradigm cases, but even under favorable conditions legislative acts are not provided with any meaning by the legislature that goes beyond paradigm cases of the semantic meaning of the text. Even if we were to be optimistic on some kind of overlap of intentions, there would be no reason to resort to legislative intent in cases of semantic doubt, where it is hermeneutically most needed. But, as it happens, the law does not rely on optimistic overlap scenarios to determine the intention of the legislature. This would be far too uncertain ground on which to found the legitimacy of the law. Remember: were the collective intention based on an actual empirical overlap of anaphoric propositional reference, it would falter if just one individual legislator's intentions missed the mark. In a process involving hundreds of legislators, this would be a far too uncertain basis.

III. THE EPISTEMIC NORMATIVE AScription OF LEGISLATIVE INTENT

The law, however, rarely relies solely on actual communicative intentions in evaluating utterances of legal import. It does not rely on actual intentions, but on normatively ascribed ones. The law often has to balance the interests of utterers and the addressees of an utterance. It often best serves the utterer's interest if the communicative intentions that she connects with her utterance are also taken as the legally significant content of her utterance. In cases where the semantic meaning of the utterance diverges from the meaning the speaker intended to communicate, it is equally apparent that the addressee of the utterance needs some legal protection when she takes the utterance at its semantic face value. Thus the content of a contract is determined by the communicative intentions that the law normatively ascribes to the parties, not necessarily by those each party actually had in mind. For example, the Second Restatement of Contracts under American Law relies strongly on an objective approach to contract formation. Parties are generally held to the semantic meaning of their utterances, not necessarily to what they intended.³³⁸

Similarly, we also normatively ascribe communicative intentions to individuals involved in the act of legislation independent of their actual intentions. The anaphoric structure of the vote demonstrates that the individual lawmaker is in a structurally similar position to the addressee of a contract

³³⁸ Restatement (Second) of Contracts §§ 201, 202 (1981); see L.M. SOLAN, « Contract as Agreement », *Notre Dame Law Review*, 83, 2007, p. 353-408, with a detailed critique of the overreliance on the objective perspective. Even though German law stresses the importance of the parties' intentions (§ 133 BGB), it ascribes to the parties the intentions that could reasonably have been associated with a declaration (§ 157 BGB).

offer. The lawmaker is asked to endorse norms associated with the text of the bill. This rules out that the anaphoric reference is determined solely by the intentions that the sponsors of the bill actually had in mind. They must be determined by the intentions that an individual lawmaker can infer from the text and the context of the bill. If the sponsor of the bill idiosyncratically associated communicative intentions with the bill that could not have been deciphered by the lawmakers voting on it those idiosyncratic intentions would have to be disregarded, just as in a contract case.³³⁹ Just as in contract law, the text of the bill is only associated with normative propositions that each lawmaker could reasonably infer from the semantic meaning of the text and the content of the legislative process. Since lawmakers share the sparse Razian intention to vote on a law, and since voting is only a rational procedure of preference aggregation in as far as each vote has the same anaphoric reference, the anaphoric reference of the vote must be determined by an interpretation of the text that all lawmakers could at least in principle share. As in the case of contract law, idiosyncratic interpretations of the text of the bill by individual lawmakers must be discarded normatively.

That the normative ascription of the anaphoric reference of the vote is deeply rooted in the practice of legislative voting, and probably also of voting in general, emerges clearly from how we deal with errors in the voting act. The propositional content of the voting act is a three-layered phenomenon: The *anaphoric content* of the vote endorses or rejects a *text* and through the text a *propositional content* that is connected with the text. At each level the treatment of errors shows that the law does not rely on the actual intentions of the individual legislator, but on intentions that are normatively ascribed to her.

If a member of parliament does not pay attention and raises his hand for the “no-vote”, because he thought it was the “yes-vote” – he intended to communicate “yes”. His vote, however, will legally be counted as a “no”³⁴⁰ and he himself would hardly expect otherwise, but admit that he has been inattentive and made a – hardly excusable – mistake.

The same holds if the error does not pertain to the anaphoric content of the vote, but to the text it refers to.³⁴¹ If a member of parliament thought she was voting on a tax law, though it was actually the new housing bill, her vote would count as a vote on the housing bill. The text her vote refers to in the sense of the law is not determined by her actual communicative intentions but is normatively ascribed by the procedural legal rules of the voting act. Voting is a highly formalized procedure. Like the procedure itself, the communicative intentions connected with it are determined by – mostly im-

³³⁹ Though theoretically the anaphoric “Yes” or “No” could also endorse, “whatever the author of the text meant”; just as a devout Catholic could state that everything the pope declares ex cathedra is true regardless all the pope’s past and future ex cathedra declarations.

³⁴⁰ See for the German law BVerfGE 16, 82, 88; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, 3rd ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2002, § 128; on the practice in US-American legislation D. WILLIS, « Yea, Oops, Nay: Voting Mistakes in Congress », *New York Times*, 9.7.2014; on mistakes in the election process see 531 U.S. 98 at 119-120 (2000).

³⁴¹ See for the German law BVerfGE 16, 82, 88; H. SCHULZE-FIELITZ, *Theorie und Praxis Parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 353.

plicit – legal rules of ascription, not by the actual communicative intentions of the individual representatives. Through normative ascription, we ensure the reliability and unity of the vote and that every representative voting on a bill votes on the same bill.

Just as the unity of the text that is voted on is normatively ascribed, the normative propositions connected with the text of the bill are normatively ascribed. If the inattentive representative only glanced at the new bank bill imposing a special property tax on the ownership of banks, his vote would be counted normatively as a vote on an environmental tax on the ownership of river banks even if he thought it was a new financial tax, because he just glanced at the text of the bill and did not pay attention to its environmental legislative context. Just as communicative intentions are normatively ascribed to the utterances of individuals in other areas of the law, the normative propositions that an individual vote in the legislative process refers to are normatively ascribed to the individual lawmaker who casts it, irrespective of her actual intentions. Thus the normative ascription of content normatively guarantees sufficient overlap between the intentions of the individual representatives for a collective intention of the legislature, which in turn also underlies the epistemic ascription of group agency according to List and Pettit. The epistemic ascription of agency to the legislature is thus ratified by the normative ascription of communicative intentions to the votes of individual lawmakers.

If the normative construction of legislative intent ascribes the same communicative intention to each individual legislator, it does not seem to differ from a normative construction that does not rely on a plurality of legislators but ascribes a communicative intention to the legislature as a collective agent. Normatively ascribing parallel communicative intentions to everybody involved in the legislative process seems to be an unnecessary detour. We might as well normatively fictionalize a collective legislature with the same communicative intention. In both cases, it is the single fictive communicative intention that matters, whether we ascribe it to individual legislators or to some fictive collective legislature. But how could it be different? The phenomenon we want to reconstruct is our talk about legislative intent, which has to be a non-pluralistic notion in as far as it is supposed to help us in our hermeneutical enterprise. Thus there cannot be a difference in outcome, whether we rely on an ascription to individual legislators or to a collective legislature. The difference is not one of outcome but of theoretical penetration in at least two respects:

First, if we do not normatively ascribe the same anaphoric reference to each of the votes, legislative voting becomes – as we have seen – an irrational practice. If the vote of each legislator can be directed at a different law, voting as a preference aggregation mechanism loses its footing: since each legislator would be expressing their preference with respect to a different law, they could not be aggregated anymore – just as in the case of the hiring committee, if its members have different candidates in mind when they cast their yes or no vote. Voting is only a sensible practice if we can ensure not that every vote is the same, but that every vote is on the same issue. If we cannot ensure this rationality requirement factually by making sure that everybody actually has the same issue in mind, we have to revert to normative ascriptions as the law regularly does. But insofar only the ascrip-

tion to individual legislators is of help. Fictionalizing a collective agent, does not explain the voting behavior of its constituents.

Second, it concerns the ontology of collective intentions, which gave rise to their early theoretical critique. We can ascribe intentions to anything we like, even to a vending machine that “intends” to cheat us by taking our money but refusing to provide us with the merchandise, or to our personal computer, which “wants” to annoy us again. We can even ascribe intentions to nonexistent objects such as the thunder god, who demonstrates his displeasure with his loud roar. Theoretically, however, ascribing intentions to entities comes with ontological costs. Ascribing intentions to an entity comes with the ontological commitment to its existence. If we ascribe intentions to the thunder god, we commit to belief in its existence. Ascribing intentions too liberally can thus populate our ontology with dubious entities.³⁴² If we ascribe intentions directly to collective entities such as the legislature, we commit ourselves to the existence of collective minds capable of forming intentions. It was precisely this dubious ontological commitment that used to motivate theoretical resistance against the acceptance of legislative intent. The advantage of ascribing communicative intentions not directly to the legislature as a collective agent but to the individual legislators lies in the potential for reductively reconstructing our talk about legislative intent without committing to dubious collective minds. We can thus reconstruct our talk about legislative intentions in an ontologically less costly fashion. The only element we need for the reconstruction are normative rules for ascribing intentions to individual legislators that are not necessarily actually held. These normative ascriptions do not entail any ontologically dubious claims, since legislators are suitable targets for these ascriptions. As natural persons, they are capable of forming intentions in a theoretically unsuspect way. The rules of ascription involve a fictive element but one with no ontological costs. Furthermore they are pervasive in the law. Even if they are not as explicitly stated for legislation as for contract law, they can be inferred from our practice in cases such as voting errors. Thus the seemingly circumlocutory construction of legislative intent via the normative ascription of communicative intentions to each individual legislator theoretically better explains our hermeneutic practice, which relies on the legislature as the author of our statutory law.

³⁴² This is not to say that the costs are not worth incurring from a pragmatic perspective in some contexts. Whether certain animals are capable of intentionality is of little pragmatic importance, if ascribing beliefs, desires, or intentions helps us to deal with them. When we watch a dog chasing a cat up a tree, it seems to make the world easier to grasp for us, if we explain its barking at the bottom of the trunk by ascribing intentional states to it such as that it *thinks* the cat is on the tree and that it *wants* to catch the cat, D. DAVIDSON, « Rational Animals », in D. DAVIDSON (ed.), *Subjective, Intersubjective, Objective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 95-106, p. 96-97. But the pragmatic question is distinct from the philosophical and factual question whether animals of a certain species are actually capable of having intentional states. The pragmatic reasons could also hold for a vending machine.

A. The Diligent and Competent Lawmaker

If the propositions the vote refers to via the text of the law are normatively fixed, the crucial question is: according to what criteria? For these normative propositions there are almost as many candidates as there are individual lawmakers – already if we relate the text to different potential interpreters: the proposition that the man on the street would connect with the text, the specific addressees of the law, the legal expert, the legislative leader who sponsored the bill, an ideal doctrinally-versed lawyer such as Dworkin's Hercules etc. – would in principle all qualify. Since the normative standards according to which the propositional reference of the vote is fixed are not explicitly stated but implicit in our practice, we have to look closely at this practice to determine them. They are not obvious and have to be reconstructed from clues that can be gleaned from the practice within each legal system. In detail they are specific to every legal system. It seems, however, that the core normative reasoning behind the implicit rules is an epistemic normative standard that runs along the following lines. When somebody votes on something, she is normatively supposed to have an idea of what she is voting on. We expect sufficient diligence and competence with respect to the object of the vote. This makes voting distinct from rolling a dice. It is similar to the way the signatory of an open letter is expected to have read it and is held accountable for the content that a careful reader with sufficient contextual knowledge could justifiably assign to it.³⁴³ Senator John McCain could not excuse signing the infamous letter to the Iranian government denouncing the President's policy by pointing to the fact that "I sign lots of letters"³⁴⁴. We also hold representatives in the process of legislation to this standard. In principle, they are expected to have diligently familiarized themselves with a bill and to have a good, competent understanding of its contents as discussed in the legislative proceedings.

Though this is a normative epistemic standard, it aims at a factual hypothetical: "What kind of normative propositions would a diligent and competent lawmaker assign to the text given the relevant legislative context?" In this, it is no different from other factual hypotheticals, like whether a driver with decent driving skills could have reached the scene of the crime in less than 15 minutes. Thus, the standard of the diligent and competent lawmaker preserves the factuality of intent. Just as the question of whether an individual had a certain intention is a factual question, the question of whether the legislators could associate a certain normative proposition with the text of a bill remains in essence a factual one, albeit one with normative epistemic parameters.

In the reality of modern legislatures, the standard of the diligent and competent legislator cannot be met by every representative for each and every vote. Modern parliaments have to rely on the division of labor to handle their enormous workload. But even though the standard cannot actually

³⁴³ See R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, op. cit., p. 235, see also R.M. DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit., p. 322.

³⁴⁴ <http://www.msnbc.com/rachel-maddow-show/mccain-second-guesses-his-support-sabotage-letter>

be met, we impose it normatively by using it to determine the propositional reference of the vote. Lawmakers can make use of divisions of labor, but they cannot escape the rational standards for voting in general. The normative epistemic ascription thus achieves four things: first, it makes room for the necessary division of labor in legislative processes; second, it upholds the rationality of the vote; third, it guarantees the necessary overlap between the intentions of the individual lawmakers to normatively establish collective intentions; fourth, it thus provides for the collective intentional basis for the epistemic ascription of group agency, in the sense of List and Pettit, to the legislature. A fair reconstruction of the implicit standard for fixing the propositional reference of the vote thus relies on the diligent and competent representative, who reads the bill she is voting on carefully and familiarizes herself with the factual and legal as well as the legislative context of the bill.

The orientation towards the diligent and competent legislator is counterfactual, as it also applies to the majority of representatives who do not have the time and resources to invest the diligence and competence necessary to fully grasp the details or sometimes even the main idea of the bills they are voting on. But even though it is counterfactual with respect to many lawmakers involved, it is still a realistic normative ascription: First, it is realistic in the sense that there are – at least in most cases – actual representatives, those sponsoring the bill or those discussing it at the committee level, who actually invest the diligence, acquired the competence and who actually associate the normative propositions the implicit standard aims at with the bill. Second, it is realistic in the sense that every representative – given enough time and resources, like expert assistance – could in principle associate the normative propositions that the implicit normative standard ascribes to him with the text of the bill.

It is also realistic in the sense that it does not exclude ambiguities, vagueness, and other forms of indeterminacy, or even inconclusiveness of the legislative intent. Even for the diligent and competent lawmaker, the text and context of the bill will not render it determinate in every aspect. Usually the semantics of the text will be indeterminate for some borderline cases. Since legislative discussions center on paradigm constellations, they often give no further clues as to what kind of intention to connect with the text for borderline cases. Even if the borderline cases were discussed, the context of the deliberations might be conflicted. Two different interpretations of the text with respect to a borderline case might have been debated, without the dispute on the different interpretations being resolved – for instance because the discussion moved on to other aspects. But the discussion may also have left it purposely indeterminate in some respects to spare the legislators the burdens of further precisification, or to allow for what Carl Schmitt succinctly called a “dilatory formal compromise”, where the parties involved agree on a formulation knowing that they associate different meanings with it.³⁴⁵

³⁴⁵ C. SCHMITT, *Constitutional Theory*, trans. J. Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, p. 85-87.

B. Legislative Intent and Semantic Meaning

A reconstruction of the implicit propositional reference of the vote along these lines explains our practices for dealing with the laws produced in the legislative procedures better than alternative accounts. One obvious alternative would be to rely not on the diligent and competent lawmaker, but on the addressees of the law, who more or less just know the text of the law. It is a peculiarity of a legal bill that it addresses two different audiences at two different stages of the process: First it is addressed to the individual legislators voting on the bill, but at the second stage – if the vote is positive – it addresses the public as a law that everyone is bound by. Thus it does in a sense seem natural to take the public, which is finally addressed by the law, and its diligent understanding of the law as the relevant normative standard. In constitutional law, the “original public meaning” school promotes this standard for the American Constitution.³⁴⁶ It would fix the propositional reference of the vote to the semantic meaning *cum* basic context of the law.³⁴⁷

Special cases aside – and the Constitution of the United States might be one – such a reconstruction does not really map the implicit normative standards we employ. It would not provide space for the tension that we often assume in dealing with the law between the legislative intent and the semantic meaning of the law. If the propositional reference of the vote were fixed by the semantic meaning alone, there could never be a tension between the legislative intent and the semantic meaning of the law, because they would be identical. Even though there may be controversy about how the tension is to be resolved in the different type of cases in which it arises, the fact that we have these controversies alone cannot be explained by a reconstruction of legislative intent that identifies it with semantic meaning.

One practically marginal but very telling case is the practice and discussion of scrivener’s errors in legislation.³⁴⁸ The very idea of scrivener’s error relies on a tension between what someone intended to say and what he actually said – on a tension between speaker’s meaning and semantic meaning. If we were to equate semantic meaning and legislative intent, we would not be able to explain the idea of scrivener’s error for the legislature. Yet in the practice of different legal traditions, the case law and literature are full of discussions of the treatment of scrivener’s errors in the legislature.

³⁴⁶ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 576-577 (2008); R.E. BARNETT, « An Originalism for Nonoriginalists », *Loyola Law Review*, 45, 1999, p. 611-654; V. KESAVAN & M.S. PAULSEN, « The Interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History », 91, 2003, p. 1113-1214, especially p. 1127-1133; L.B. SOLUM, *Semantic Originalism*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244, 2008 (26.10.2016).

³⁴⁷ J. RAZ, « Intention in Interpretation », *op. cit.*, p. 286-289, 298 and J. WALDRON, « Legislators’ Intentions and Unintentional Legislation », *op. cit.*, p. 142-146 are two prominent examples for views that at least amount to such a reconstruction.

³⁴⁸ Cf. already J.D. OHLENDORF, « Textualism and the Problem of Scrivener’s Error », *Maine Law Review*, 64, 2011, p. 126-164 on the theoretical implications of the doctrine especially for textualism; on the doctrine itself cf. only M.S. FRIED, « A Theory of Scrivener’s Error », *Rutgers Law Review*, 2000, p. 52 and A.S. GOLD, « Absurd Results, Scrivener’s Error, and Statutory Interpretation », *University of Cincinnati Law Review*, 2006, p. 75.

That there can be discrepancies between the two standards, however, does not imply that the perspective of the addressees does not play a role. Also, in legislation semantics are not up for grabs. Legislation is aimed at guiding the behavior of the addressees of the law. Thus, in general legislators have to express their normative propositions in a way that can be understood by the addressees of the law on the basis of the text and the context that is known to them. But it is not only in cases of scrivener's error that this ideal might not always be achieved to the fullest extent. Laws cannot be expressed in a cryptic code,³⁴⁹ but this does not prevent occasional deviations and discrepancies at the margins between what the diligent lawmaker could associate with the text and what is apparent to its addressees.

The most common and most interesting case from the perspective of legal methodology is that in which the proposition associated with the text in the legislative process is more precise than could be gathered by the addressees from the text alone. Legislators may have complex regulatory intentions and have to balance the precision with which they formulate them with the need to design concise provisions.³⁵⁰ From the perspective of the addressees of the law these formulations might be vague or ambivalent with respect to certain semantic borderline cases, though it was clear to anyone following the legislative process how these were intended to be dealt with. Besides legislative glitches,³⁵¹ these cases provide for the typical discrepancies between legislative intent and semantic meaning, which are discussed so enthusiastically in theories of legal interpretation.

Even though rule of law arguments favor the semantic meaning of the law in cases where the semantic meaning is determinate, one should not rush to the same conclusion in cases of semantic indeterminacy. In cases in which a clear legislative intent is paired with semantic vagueness, we must choose between relying on a predetermined intention of the legislator, who has strong democratic credentials, or conferring doctrinal discretion on judges to amend the law, after the fact. Since rule of law objectives like the predictability of the law cannot be achieved either way, we could make a democratic and an impartiality argument in favor of legislative intent. Even though these discussions are highly controversial, we could not even make sense of them if we fixed the propositional reference of the vote to the semantic meaning of the law.

In general, we can treat laws as we treat all other forms of communication, where we can generally differentiate between what someone intended to say and what she said, between speaker's and semantic meaning.³⁵² Our legal practices show that we do not evict the legislator from the realm of our general conception of communication.

³⁴⁹ J. RAZ, « Intention in Interpretation », *op. cit.*, p. 286.

³⁵⁰ R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, p. 215-216.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 215.

³⁵² Strongly defending this point also R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, p. 205-211.

C. A Substantively Rational Legislature?

Another alternative would be to opt not only for an epistemic, but for a substantive normative standard with respect to the content of the law. An extreme solution would be to rely on an idealized legally- and maybe even factually-omniscient legislator along the lines of a Dworkinian Hercules, who could anticipate and balance all the difficulties that the application of the future law might run into. Such an idealized normative ascription, however, would result in a wholly unrealistic legislative intention, which also conflicts with our practice of recognizing the indeterminacy or inconclusiveness of legislative intent.

Much less extreme is the standard of the “rational *legislature*” that Richard Ekins proposes. Leaving aside the theoretical issue that the emergence of the collective intent cannot be explained by an appeal to the “legislature”,³⁵³ this also entails an over-rationalization of legislative intent. It is not entirely clear how far Ekins wants to take his substantive normative standard. However, he eschews the idea of formal dilatory compromises as an “interpretative lottery” on the grounds that a rational legislature “avoids internal contradiction and failure to decide”.³⁵⁴

It might be that a fully “rational legislature” would avoid dilatory compromises. Nevertheless, they are part of legislative reality, as they are sometimes necessary to forge legislative majorities. We could not even perceive them as such if we were to rule them out as basis for an indeterminate collective intent. The normativity at play in our implicit ascriptions is not a substantive normativity with respect to the content of the proposal, but an epistemic normativity and rationality with respect to the legislative process. It does not have the normative goal of achieving a rational content of the legislative intent, but merely the constructive goal of securing the collective intention that most realistically mirrors the actual legislative dynamics. The realities of the legislative process, however, may very well fall short of a fully rational legislature. The substantial normative standard of the fully rational legislature is not the standard we employ to construct legislative intent, but to hold legislative intent accountable. We need the epistemic normative standard to make the substantive normative standard worthwhile, since otherwise we would not be able to construct a collective intention to measure against the substantive standard.

D. Standing deferential intentions?

We might, though, normatively ascribe another kind of intention to the lawmakers that takes care of the indeterminacies and inconclusiveness of the normative propositions ascribed to the vote. Each lawmaker knows that the laws she passes will necessarily be indeterminate in unforeseen and unforeseeable cases, and that it might even have been left indeterminate for foreseeable ones for the reasons mentioned above. She also knows that the

³⁵³ *Supra* at fn. 30.

³⁵⁴ R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, p. 238.

law enters a legal system with, first and foremost, a hierarchy of courts, but also a whole armada of other institutions, like administrative agencies, the bar, law firms, law schools and legal expert panels, to grapple with and resolve the indeterminacies of the law, within a culture of adjudication that has developed over millennia to apply the law to new or borderline cases. Given this knowledge, these institutions, and these traditions, it might seem fair to normatively ascribe a general standing intention to the individual lawmaker to defer the resolution of indeterminacy to the institutions traditionally and constitutionally designated to deal with them, i.e., ultimately to the courts.

Normatively ascribing such a standing deferential intention to the lawmakers also has some realistic credentials. Anyone who has ever engaged in designing a regulation of some complexity will know that it cannot be designed in such a way as to cover all foreseeable cases. Some fringe phenomena must be left for the courts to decide, if the regulation is not to lose all its conspicuousness and the task is ever to be brought to completion. Sometimes legislative materials will testify to this fact by explicitly deferring certain issues to the courts. But normatively ascribing such an implicit general deferential intention to the lawmakers is of little import, since the deferral of the decision on legal indeterminacies is already ratified by the explicit norms underpinning the institutional system of the administration of the law. As plausible as it might seem, there is no need for such a general normative deferential ascription to reconstruct our legal practice of resolving indeterminacies of the law by legal construction.

E. The Relevant Context and Materials

Pointing to the diligent and competent lawmaker still leaves many aspects open, which not only depend on the institutional and procedural design of the concrete legislation, but which are in part also highly controversial. The diligent and competent lawmaker will rely on the semantic meaning of the text of the law, the factual and legal regulatory context, and the context and materials of the legislative process to determine the normative propositions that the vote refers to. While the semantic meaning of the text of the law is a rather uncontroversial input for the normative construction of legislative intent, the exact nature and importance of the other two factors will be a much more contested topic, and far more subject to the idiosyncrasies of a specific legal system.

As for the factual and legal regulatory context, much speaks in favor of a dynamic approach, which adjusts to the specific bill in question. The idea is that the normative construction of the communicative intentions of the legislator would at least have to presuppose sufficient knowledge of the factual and regulatory context of the bill to make sense of it and of the legislative discussion. Thus a highly technical regulation on highly technical issues would have to presuppose technical knowledge that is not to be presupposed when the bill addresses a general principle of tort law which covers the same issue.

Traditionally, the importance of legislative materials is highly controversial. Here much will depend on the tradition and practice of each legal system. It has to take into account not only how far it wants to take the ide-

alization of the diligent and competent legislator, but also the risks of manipulation involved in giving great weight to certain materials at least. Especially because of the latter, the general normative approach outlined above can only serve to designate the outer limits of the legislative context that might be taken into account. Following the general idea of the diligent and competent legislator, the legislative context cannot comprise information or materials that are not available to her according to the rules of legislative procedure. Whether this includes committee and subcommittee protocols, however, will not only depend on their availability, but also on how far a legal culture wishes to stress the idealization of the diligent and competent legislator, and how high it judges the risks of manipulation involved.

But however legal cultures decide on the direct relevance of legislative materials, they can always have circumstantial evidentiary value in as far as they provide contextual information on how a diligent lawmaker would have understood the relevant text, materials, and context at the time of the vote. In this circumstantial sense, any legislative material is as good as any other contemporary source – newspaper articles, pamphlets, law journal articles etc. – to elucidate the context of a bill.

Due to the singular and often idiosyncratic character of the processes that lead to the adoption of a new constitution, legislative intent is especially contested in the area of constitutional interpretation. The idea of the diligent and competent lawmaker would advise one to focus on the individuals who cast the decisive vote. This may be the people or it may be a special assembly created or designated for the purpose of elaborating and voting on a constitution. Often, however, the process of elaboration of and the decisive vote on the constitution diverge. In these cases, the main legislative work fell to the body that elaborated the constitution and the decisive assembly or assemblies only had a yes-or-no-vote. In these cases, much will depend on how the information on the elaboration of the constitutional text was communicated to the assembly or assemblies that held the decisive vote. If their members did not even have the chance to read them, a normative stipulation relying on the materials of the elaboration process would amount to delegating constitutional powers to those involved in this process.

F. Legislative Intent and Legal Hermeneutics

The ascription of legislative intent is normative in an epistemic sense. It ascribes the anaphoric reference to the vote of each legislator that would have been connected with the text of the bill by a diligent and competent legislator in the context of the legislative procedure. The standard makes assumptions on the epistemic qualities of the legislators with respect to the legislative procedure and the subject matter. It establishes a reliable basis for collective legislative intent and thus for communicative interpretation of legislative acts and for treating the legislature, or at least representative bodies at the core of the legislature, as a group agent. The normative construction of legislative intent is an epistemic construction, though, not one with respect to the evaluative substance of the bill.

In this respect, it is unlike legal construction in cases of interpretative indeterminacy. When the epistemic construction of legislative intent does

not provide for a determinate answer for a case at hand, courts have to resort to legal construction to amend the law on a case-by-case basis. This kind of construction, however, is not of an epistemic, but of a substantive normative nature. The courts have to amend the legal rule by drawing on substantive normative reason within an overall hermeneutic justification.³⁵⁵ The hermeneutic restrictions on legal construction distinguish it also in a second aspect from the construction of legislative intent. The hermeneutic character of legal construction is guaranteed by the relation that legal construction has to keep with the text of the law. It has to present itself as a communicative intention that could have been connected with the text. This separates legal construction from the substantive amendment of the law by legislation.³⁵⁶ Unlike legal construction, the normative construction of legislative intent is not inferred from a legal text – even though it aims at a condition of possibility for the interpretation of one. In providing the collective author of the text the construction relies on rational standards for the aggregation of interest in voting procedures, which require the identity of the object of the vote, and an interpretation of the normative practices by which the identity is secured in a specific legal system. Thus legal hermeneutics rely on two kinds of construction that are distinguished by the kind of normative standards and the kind of hermeneutics involved.

IV. CONCLUSION

However the details of the normative construction of legislative intent play out in different legal systems, the communicative intentions that correspond to the epistemic reference point of the diligent and competent legislator are ascribed to every individual lawmaker involved in the legislative process. By this epistemic normative ascription, they provide for a collective intention in the sense that is presupposed in the respective theories of collective intentionality and agency. The ascription provides for the overlap of intentional content required by these theories. The normative ascription of legislative intentions is not in any way more or less suspect than the ascription of intentions in other areas of the law, such as contract or tort law. Thus there is some truth to the skeptical attitude towards actual empirical collective intentions of the legislature. But the law has a well-tested solution for these factual shortcomings: It ascribes communicative intentions normatively, as in many other areas of the law.

The normative construction of legislative intent shows how a sufficient overlap of individual intentions can be achieved for large groups. It relies on epistemic normative ascriptions familiar to the law. But the legislator is not the only large body for which group agency is discussed. Consider faculties, universities and corporate boards, religious congregations etc. In all these cases, establishing an actual empirical overlap of the intentions of all indi-

³⁵⁵ R. POSCHER, « The Hermeneutical Character of Legal Construction », in S. GLANERT and F. GIRARD (eds.), *Law's Hermeneutics: Other Investigations*, New York, Routledge, 2017, p. 207-227.

³⁵⁶ *Ibid.*

vidual group members in voting procedures will face the same or at least similar issues as in the case of the legislature. The analysis of the normative construction of collective intentions in the legislature suggests that similar normative mechanisms are also at work in these other cases, to establish a collective intention as the basis for group agency. As in the case of the legislature, the precise content of the implicit epistemic norms have to be gleaned from the practices of each group. The normative mechanism, however, will most likely be the same. Thus the analysis of the normative construction of legislative intent can also provide a missing element for a general theory of group agency for larger groups.

With the epistemic normative construction of legislative intent in place, legal hermeneutics can maintain the general distinction between speaker's and semantic meaning for the law as well. The normative construction of legislative intent allows for the tension between legislative intent and semantic meaning, which is deeply rooted in the legal traditions and reflected in the classical canons of legal hermeneutics since Savigny. Legal interpretation aims at the legislative intent. Semantic meaning serves as the most important stepping stone to infer the intentions of the legislature. The normative construction of legislative intent also allows for the distinction between legal interpretation and legal construction which is equally deeply rooted in the methodological tradition of both Continental and Anglo-American law.³⁵⁷ Legal interpretation does not necessarily determine the content of the law. There are several scenarios in which legal hermeneutics have to go beyond legal interpretation. The most common are cases of interpretative indeterminacy. Since the standard of the diligent and competent legislator is only epistemic with respect to the communicative intentions attributed to the bill, it leaves room for indeterminacies of legislative intent. In these cases, legal hermeneutics has the task of amending the law on a case-by-case basis via legal construction. A much rarer scenario is a conflict between legislative intent and semantic meaning. Here rule of law values favor a legal construction relying on the semantic meaning of the law making it predictable for its addressees. A widely accepted – and telling – exception to this general rule are cases of scrivener's error, in which the epistemic construction of legislative intent trumps the semantic meaning of the law.

Ralf Poscher

Ralf Poscher est professeur de droit public et de philosophie du droit à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau. Il est récemment l'auteur de textes sur sujets jurisprudentiels tel qu'une critique de la théorie de principes (Ratio Juris 2009, 425), le débat Hart/Dworkin (Hage/v. d. Pförtner (dir.), Concepts in Law, 2009, 99), « Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation » (Oxford Handbook of Language and Law, 2012) et « Legal Hermeneutics » (The Routledge Companion to Hermeneutics, 2015). Il a également dirigé, avec Geert Keil, Vagueness and Law. Philoso-

³⁵⁷ F. LIEBER, « On Political Hermeneutics, or on Political Interpretation and Construction, and also on Precedents », *American Jurist and Law Magazine*, 18, 1837, p. 37-101; F.C. VON SAVIGNY, *System of the Modern Roman Law*, trans. W. Holloway, Madras, Higginbotham, 1867, p. 262.

phical and Legal Perspectives (Oxford, Oxford UP, 2016).