



HAL
open science

Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation. D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats et E. Millard. L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper, *Economica*, pp.725-734, 2006. halshs-00125981

HAL Id: halshs-00125981

<https://shs.hal.science/halshs-00125981>

Submitted on 23 Jan 2007

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

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

Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation

Eric Millard

Professeur à l'Université Paris Sud 11 –

Centre de Théorie et analyse du droit (UMR 7074, CNRS – Université Paris X)

1 - Il est entendu que Michel Troper adopte une posture positiviste, et défend une conception positiviste de la science du droit. La théorie réaliste de l'interprétation - ou le réalisme à la française, ou encore le néo-réalisme, selon d'autres expressions employées -, comme théorie scientifique du droit élaborée sous l'impulsion de Michel Troper, relève d'une méta-éthique non cognitiviste. Elle se borne à connaître son objet.

Voilà ce qu'écrit Michel Troper à propos de la posture positiviste : « *La science du droit, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier, et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. Son objet est en effet le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Le présupposé anticognitivistique interdirait d'ailleurs toute tentative de modification, faite au nom de la science : comme il n'y a pas de connaissance de ce qui doit être, la doctrine qui prétendrait décrire un devoir être objectif se rendrait coupable de la pire des escroqueries : faire passer ses propres désirs pour le produit d'une recherche scientifique* ». ¹ Et ailleurs, il définit les différents éléments constitutifs de sa propre théorie comme comportant (notamment) les thèses suivantes : « *Une science du droit distincte de son objet ne peut viser à la connaissance des normes ou des significations, mais seulement à la connaissance des actes par lesquels sont attribuées des significations et créées des normes ; Ces actes sont des phénomènes empiriques. La science du droit est donc une science empirique ; Elle se distingue de la dogmatique par laquelle les différents acteurs du système juridique justifient leurs prescriptions ; Elle se donne pour tâche de décrire et d'expliquer les actes par lesquels sont produits des énoncés ; Elle est une science spécifique parce que, à la différence des autres sciences sociales ou humaines, qui expliquent ces actes par les causes extérieures au système juridique, elle les explique par les contraintes provenant du système juridique lui-même* » ² pour conclure que « *La Théorie réaliste de l'interprétation n'est pas entachée de confusion épistémologique. Elle montre au contraire clairement la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait*

¹ Michel Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 35.

² Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes, et *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002.

*spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés »*³.

2 - Si la théorie réaliste de l'interprétation respecte alors bien l'exigence épistémologique que fixe le positivisme à une théorie scientifique, il est paradoxal d'envisager sa signification politique, puisque par définition elle ne se situe pas du côté politique de la démarcation entre science et idéologie. Or pourtant il paraît difficilement contestable que cette théorie, dont le caractère scientifique ici ne sera pas discuté⁴, remplit une fonction politique ; qu'elle a donc, dans divers sens, une signification politique.

Quels sont ces sens ? Plusieurs questions peuvent être immédiatement envisagées pour être cependant partiellement écartées, puisqu'elles dépassent le point que je veux aborder, bien qu'elles l'éclairent.

3 - D'abord, je ne vise pas ici l'idée souvent utilisée à l'encontre du positivisme selon laquelle dès lors que le droit (objet de la science du droit) exprime des prises de position de nature politique, la description de cet objet (et les théories en autorisant la description) seraient nécessairement comme « infestées » par cette même nature : on ne pourrait pas décrire une idéologie sans, d'une certaine manière, porter une évaluation sur cette idéologie : critique, légitimation, peu importe. Cette idée est elle même critiquable de trois façons, dont seule la dernière relèverait éventuellement de mon propos.

a) En premier lieu en rappelant avec Michel Troper comme prémisses épistémologiques que « *si la science du droit veut décrire son objet, elle doit affirmer que le droit reflète, exprime, véhicule des idéologies. Ce qu'elle s'interdit, c'est d'évaluer le contenu du droit ou sa forme à la lumière d'une idéologie. L'exigence porte sur le métalangage du droit et non sur le langage-objet* ».⁵ Cette exigence est commune à toutes formes de positivisme et il n'est pas utile ici d'y revenir davantage.

³ *Ibidem.*

⁴ Sur cette discussion, voir notamment les critiques d'Otto Pfersmann dans *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002 et dans *Analisi e diritto 2001* (« Contre le néo-réalisme, pour un débat sur l'interprétation ») et *2004* (« Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – en réponse à Michel Troper »), a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes.

⁵ Michel Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, Paolo 36.

b) En second lieu, en réfutant l'idée selon laquelle le positivisme, sous toutes ses formes, serait inéluctablement une idéologie. Michel Troper, là encore en rejoignant la défense de Kelsen,⁶ a montré que le fait de décrire une norme, en tant que signification prescriptive valide, ne pourrait être assimilé à une injonction d'obéir à cette norme que si l'on conçoit le droit comme absolument obligatoire, c'est-à-dire comme obligatoire en soi et non du point de vue d'une autre norme, posée ou supposée⁷. Il peut y avoir débat sur ce que signifie la validité d'une norme.⁸ Mais le positivisme n'a jamais admis l'hypothèse que la validité puisse ne pas être quelque chose de relatif : qu'il puisse y avoir des obligations autrement que pour celui qui les accepte.

c) enfin en revenant sur la thèse des usages sociaux du positivisme, c'est-à-dire de l'utilisation non scientifique des propositions et théories de la science du droit et/ou des propositions et théories de la dogmatique juridique. Ce qui est devenu la controverse (amicale et exemplaire) entre Danièle Lochak et Michel Troper⁹ a circonscrit les arguments. Sans doute faut-il insister sur une idée que l'on retrouvera : que ces usages sociaux sont indéterminés et peuvent traduire des idéaux-types différents, de l'affirmation essentialiste (et pseudo-positiviste c'est-à-dire, selon la typologie de Bobbio¹⁰, rattachable à une doctrine légaliste et formaliste de la justice prescrivant l'obéissance au droit positif), à l'utilisation non scientifique des propositions scientifiques. En toute hypothèse donc sur l'idée que ces usages sociaux, s'ils peuvent (parfois) se référer à des propositions scientifiques, ou les utiliser, constituent toujours une reformulation non scientifique et pratico-idéologique ; ce qui signifie à son tour que ces usages sociaux sont par définition séparables des exigences positivistes (signification qui bien sûr ne résout en rien les

⁶ *Id.*, p. 37

⁷ V. Pierre Brunet, « Le droit est-il obligatoire ? », in D. Gros et O. Camy (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Le Seil, 2005, pp. 245 et s.

⁸ V. Michel Troper, « Ross, Kelsen et la validité », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, Paris, 2001, p. 19 et s.

⁹ Danièle Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », et Michel Troper, « La doctrine et le positivisme (A propos d'un article de Danièle Lochak) » in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, Paris, PUF, 1989 ; adde : Danièle Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », et Michel Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in Paul Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, Léviathan, 1994.

¹⁰ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed di Comunita, 1972, et « Sur le positivisme juridique » in *Essais de Théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1997, pp. 23 et s. Adde Riccardo Guastini, « Norberto Bobbio ou de la distinction », in Norberto Bobbio, *Essais de Théorie du droit*, op. cit. ; et Pierre Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », *Analisi e diritto 2005*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes.

questions pratiques qu'elle induit, comme celle de la responsabilité éthique du juriste savant face à l'utilisation sociale de ses propres analyses, ou à leur réception, par exemple).

4 - Ensuite, je voudrais également aller au-delà de l'idée essentielle selon laquelle la méta éthique non cognitive et la justification de la démocratie procédurale sont intimement liées.

Une théorie positiviste du droit conduit à insister sur les choix politiques du pouvoir, et non sur la soi-disant découverte des principes vrais de l'action humaine. Elle alimente une réflexion sur la relation entre gouvernants et gouvernés, et, sur le fondement de l'adhésion à une certaine conception de cette relation (elle-même dépendante de l'adhésion à certaines valeurs traduisant une certaine conception de l'individu) elle milite pour une forme d'organisation du pouvoir. Le positivisme n'implique pas davantage la démocratie qu'il ne l'exclut. Mais la démocratie ne peut se justifier et se comprendre dans sa version procédurale que si l'on adhère à la méta éthique du positivisme.¹¹ La démocratie procédurale est l'idéologie politique cohérente d'une philosophie du droit qui aurait pour volet épistémologique une théorie générale du droit positiviste.

Il demeure évidemment qu'au sein du positivisme diverses conceptions de ce que sont les choix du pouvoir et de ce qu'est le pouvoir sont envisageables, et pratiquement envisagées.

La théorie réaliste de l'interprétation aurait ainsi une double signification politique de ce point de vue : en tant que théorie positiviste ; et en tant que théorie positiviste se donnant un certain objet. C'est évidemment cette surdétermination qui pose problème au sein du débat interne au positivisme, et qui m'intéresse ici : une prise de position sur ce qu'est réellement le pouvoir, sur ce qu'il faut comprendre par « les choix du pouvoir ».

5 – Enfin, je ne veux pas m'en tenir à une évidence : l'idée que la théorie réaliste de l'interprétation est reçue comme une théorie politique ; c'est-à-dire qu'elle est prise comme une idéologie (au sens présenté ci-dessus en 3). Qu'elle se voit attribuer de l'extérieur une signification politique. Deux versions de cette attribution sont présentes dans le débat dogmatique en France tout au moins.

a) d'une part, certains auteurs « décrivent » des actes concrets (essentiellement des actes juridictionnels) attribuant une signification à des énoncés normatifs et « constatent » à cette occasion que l'organe d'attribution « adopte » dans cet acte d'attribution une théorie réaliste de

¹¹ Il faut bien sûr ici penser d'abord au texte essentiel de Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature – sa valeur*, Dalloz, Paris, 2004, et notamment au lien entre scepticisme éthique et démocratie pp. 114-115 ; *adde* la présentation de Michel Troper de cet ouvrage dans l'édition Economica, Paris, 1988.

l'interprétation. Ce que ces auteurs entendent ainsi m'échappe quelque peu ; mais je suis à peu près certain qu'ils négligent deux points : que les organes qui attribuent de manière authentique des significations ne décrivent pas la norme mais, ou bien l'appliquent, ou bien le créent ; et que la théorie réaliste de l'interprétation est une théorie qui entend seulement décrire le droit qui existe. On voit mal dès lors comment l'acte d'attribution de signification serait une « application » ou le résultat d'une « adoption » d'une théorie descriptive. On ne peut soutenir cette proposition qu'en négligeant la séparation du langage objet et du métalangage, ou de la description et de la prescription ; mais dans le même temps on reconstruit la théorie réaliste de l'interprétation comme objet au statut tout aussi imprécis qu'incohérent. Elle devient théorie politique parce que supposée (de manière illégitime) équiper l'arsenal des méthodes pratiques d'attribution effective des significations par certains organes authentiques ; elle ne peut demeurer ainsi reformulée théorie scientifique dès lors que le bagage méthodologique ou argumentaire de ces organes authentiques ne peut comprendre une théorie aux fins purement descriptive. Tout cela résulte sans doute d'une confusion liée à l'absence de mobilisation d'une théorie cohérente de l'organe authentique, de type normativiste ou réaliste, et du pouvoir que le terme authentique désigne dans cette théorie.

b) d'autre part, une partie de la doctrine soutient que la théorie réaliste de l'interprétation légitime le pouvoir de ces organes authentiques, et qu'en cela elle est bien une idéologie. Par exemple, Emmanuel Dockès écrit que selon les réalistes : « le droit n'existe pas juridiquement ; les juges se voient ainsi reconnaître une sorte de monopole : eux seuls peuvent dire la teneur du droit »¹² ; ainsi : « les réalistes reconnaissent au juge une sorte de monopole de l'influence concrète et par conséquent un monopole de la juridicité »¹³ ; en conséquence « le réalisme présente l'inconvénient pratique de rendre juridiquement incontestable la décision du juge »¹⁴. En bref donc, le réalisme ne serait pas une théorie juridique qui décrit mais une théorie politique qui légitime le pouvoir du juge, et en ce sens elle serait une doctrine concurrente de la doctrine de la démocratie, ou de la souveraineté, ou de la séparation des pouvoirs. Deux conclusions qui me semblent pour le moins contestables (comme dit sous 3b, et 4).¹⁵ Il me semble notamment que ce n'est pas la théorie réaliste de l'interprétation qui rend la décision *juridiquement* incontestable, mais bien le fonctionnement de la machinerie juridique : c'est bien parce qu'il n'y a pas de possibilité de contester *juridiquement* le sens

¹² Emmanuel Dockès, Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales), Editions Dalloz, Collection Méthodes du droit, Paris, 2004, p. 26.

¹³ *Id.*, p. 27.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ V. également ma critique de l'ouvrage précité d'Emmanuel Dockès, *Droit et Société*, n° 59, 2005, Paris, pp. 211-216.

retenu que c'est cet acte de concrétisation qui donne le sens de l'énoncé : la norme. Il est possible (la posture envisagée en 5a pourrait l'illustrer), que certains usages illégitimes de la théorie réaliste de l'interprétation conduisent à présenter comme incontestable telle décision donnée (et surtout telle attribution de signification dans telle décision donnée). Or cet usage de la théorie réaliste de l'interprétation participe des confusions envisagées sous 3 b et 3c.

6 - Il serait donc tentant de prétendre que la signification politique de la théorie réaliste ne résumerait, en dernière instance, à deux questions qui la dépassent : celle de la réception de la théorie réaliste de l'interprétation en dehors de son cadre méta éthique et finalement donc la question des usages sociaux de la théorie ; celle de l'inscription de la théorie réaliste de l'interprétation dans le cadre méta éthique non cognitiviste et finalement donc la question de la signification politique du positivisme lui-même.

Nous sommes quelques uns à considérer pourtant que cet inventaire, pour exact qu'il soit, demeure incomplet.¹⁶ Qu'en tant que telle, la théorie réaliste de l'interprétation a une signification politique *propre*. Cela en trois autres sens : parce qu'elle propose une *autre* lecture politique des rapports juridiques ; parce qu'elle propose un désenchantement de la *raison* juridique ; parce qu'elle permet une théorie du droit comme *ressource* pour l'action.

7 – La théorie réaliste de l'interprétation procède d'une lecture politique des rapports juridiques, qui dévoile les rapports de pouvoirs en des endroits où tant la doctrine politique classique que la théorie juridique classique nient (ou occultent) qu'il y ait pouvoir, ou qu'il doive s'y trouver. Reposant sur une démarche cognitive comparable à (et concurrente sans doute de) celle que prétend fournir la science politique la plus moderne (empirisme, analyse stratégique, etc.), elle confronte les théories politiques classiques du droit avec les possibilités pratiques de les réaliser

¹⁶ A vrai dire, les idées que j'envisage brièvement ici sont des idées que nous sommes plusieurs à considérer comme assez évidentes, et qui ont alimenté des longues conversations, aussi animées qu'amicales. Pierre Brunet est peut être le premier à avoir commencé à les formaliser : « Michel Troper et la « théorie » générale de l'Etat. Etat général d'une théorie », *Droits*, Paris, n° 37, 2003, pp. 87 et s., dans lequel il me semble avoir ces significations comme cadre implicite de l'analyse ; mais Véronique Champeil-Desplats, dans une autre démarche, notamment sur les notions de service public (« "Valeurs communes" et "cohésion sociale et territoriale" : vers la reconnaissance de nouvelles justifications pour les services d'intérêt économique général ? », *Actualité Juridique-Droit Administratif*, n°12, 1999, pp. 959 et s.) ou de droits fondamentaux (« Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », in Pascal Lokiec et Antoine Lyon-Caen (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, 2004, pp. 11 et s.), mobilise en pratique avec finesse ces éléments de la Théorie réaliste de l'interprétation.

dans tel système juridique. L'hypothèse peut être envisagée tant du point de vue structural dans la compréhension de la théorie réaliste de l'interprétation que du point de vue historique dans la (supposée) démarche de Michel Troper.

Prenons pour point de départ que l'on adopte une théorie (ou qu'on la formule, ce qui dans le cas de Michel Troper sera plus exact) pour diverses raisons. Une fois établi que nombre de ces raisons sont liés à la théorie elle-même et à son usage selon des considérations fondées sur une certaine épistémologie (toutes choses qui pour la théorie réaliste de l'interprétation ont été déjà présentées par le dédicataire de ces lignes¹⁷), on peut aborder des raisons moins évidentes. L'une d'entre elle peut résider dans certains éléments biographiques (dans une subjectivité constitutive de l'imagination de l'auteur).

Que Michel Troper ait à la fois conduit une réflexion constante sur la doctrine de la séparation des pouvoirs¹⁸ ; qu'il ait initié cette réflexion (au moins dans l'écriture académique) sous la direction de Charles Eisenmann, lui-même profondément attaché à l'analyse de cette doctrine¹⁹, mais par ailleurs assez fervent adversaire du réalisme ; et que finalement il ait formalisé la théorie réaliste de l'interprétation dans cet itinéraire intellectuel, me paraît mériter attention. Au moins du point de vue d'une démarche de rétrodiction que Michel Troper ne refuse pas par principe. Et pour le moins parce que ceux qui se reconnaissent aujourd'hui dans la démarche scientifique de la théorie réaliste de l'interprétation en viennent, en retour, à interroger la doctrine politique de la séparation des pouvoirs.

Mauro Barberis a consacré une belle étude à la confrontation entre les diverses thèses désignées par « *séparation des pouvoirs* » et les diverses thèses désignées par « *théorie réaliste de l'interprétation* ». ²⁰ On comprend par « *séparation des pouvoirs* » une théorie analytique : la distinction des pouvoirs comme de trois fonctions de l'Etat ; et deux doctrines politiques : celle qui le prescrit que ces fonctions doivent être attribuées à des organes qui interagissent, et celle qui prescrit que ces fonctions doivent être attribuées à des organes parfaitement séparés les uns des autres (c'est la thèse

¹⁷ V. notamment les références aux notes 1 et 2.

¹⁸ V. Notamment Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1^{ère} édition 1973 et seconde édition 1980 ; « Actualité de la séparation des pouvoirs » in *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 223 et s. Mais l'analyse est présente dans toute la réflexion sur l'Etat de droit, sur la souveraineté, sur la démocratie, et finalement sur l'interprétation.

¹⁹ Notamment Charles Eisenmann, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, pp. 190 et s.

²⁰ Mauro Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, *Analisi e diritto 2004*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes.

de la séparation des pouvoirs au sens strict). Par ailleurs « *théorie réaliste de l'interprétation* » connote à son tour une doctrine politique : celle selon laquelle le juge devrait créer (tout) le droit ; et deux théories cognitives : celle selon laquelle tout le droit est créé par le juge (thèse du réalisme radical, qui comprendrait la position de Michel Troper comme celle d'Alf Ross ou de John Gray), et celle selon laquelle le juge participe nécessairement et en partie à la création du droit (thèse du réalisme modérée, qui correspond à la position de Riccardo Guastini, au moins désormais). L'antinomie entre les doctrines politiques est évidente. Je ne rentre pas ici dans l'évaluation réciproque des théories cognitives. Plus intéressante pour ce qui nous retient est la question du rapport entre ce que prescrit une doctrine (ce qui devrait être) et ce qu'une théorie cognitive nous dit (pouvoir) être. Selon une doctrine de la séparation des pouvoirs, il faut que le juge ne crée pas tout le droit ; mais la théorie réaliste de l'interprétation au sens de Michel Troper soutient qu'il est vrai que le juge crée tout le droit (ce qui revient à dire : il est impossible que le juge puisse ne pas créer le droit) : « *Comme les normes ne sont que les significations de certains énoncés, les normes ne sont pas posées par les créateurs des énoncés mais par les interprètes authentiques. Avant d'être interprétés les énoncés n'ont aucune signification* ». ²¹

Une doctrine qui proposerait un programme politique impossible à réaliser n'aurait aucun sens positif, notamment dans une perspective démocratique, sinon des fonctions légitimantes du pouvoir : à proprement parler ce serait une doctrine conservatrice. La construction d'une doctrine de la démocratie à partir de l'affirmation d'un principe de séparation des pouvoirs devient dès lors éminemment interrogeable.

La théorie réaliste de l'interprétation pose la question de ces pouvoirs. Du repérage et de la localisation de ces pouvoirs. Dans les faits. Empiriquement.

Ce qui veut dire aussi qu'elle se pose la question de la souveraineté (comme fondement du pouvoir et comme ultime pouvoir). Le juge Jackson déclarait, à propos des juges : « *We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final* ». ²² Définition du pouvoir véritable du juge ? Oui mais aussi et surtout peut-être paraphrase de la définition classique de la souveraineté. Et dans sa signification descriptive, hypothèse essentielle de la théorie réaliste de l'interprétation. L'hypothèse est vérifiable sans doute ; sa simple formulation a une signification politique : elle autorise la description du système juridique comme un jeu politique, et la compréhension des comportements stratégiques des acteurs juridiques ²³ ; évidemment elle conduit

²¹ Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes, et *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002

²² Cour suprême des Etats-Unis, BROWN V. ALLEN, 344 U.S. 443, 9 février 1953.

²³ Par exemple Jacques Meunier, *Le pouvoir du conseil constitutionnel, essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1998.

à la compréhension des actions juridiques comme causées par des contraintes de type factuel (et particulièrement de contraintes spécifiques liées au système juridique lui-même), et non comme résultats du respect de devoirs ou de droits²⁴ : elle relève d'« *une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé. Ce fait reste un fait spécifique : la science du droit décrit les énoncés dont l'objet est de déterminer la signification normative d'autres énoncés* ». ²⁵

8 – Voilà qui ne peut que traduire un désenchantement de la raison juridique.

Une bonne partie des réactions (par opposition à arguments) critiques que suscite la théorie réaliste de l'interprétation tient sans doute à ce qu'elle déconstruit cette idée que les juristes modernes, pour la plupart, tiennent comme évidemment consubstantielle de la conception moderne du droit : le droit à quelque chose à voir avec la raison ; le droit n'est pas simplement une affaire de pouvoir.

La version extrême de cette croyance se rencontre avec le jusnaturalisme moderne, sous quelque forme que ce soit de ses déclinaisons à partir de la révolution thomiste : il existe des principes vrais que je découvre par la raison.

La version modérée subsiste néanmoins dans le positivisme avec le normativisme (dans une autre mesure, avec la logique déontique), et la théorie de l'interprétation connaissance. Certes il n'y a plus de principes vrais que je découvre par la raison : il n'y a que des choix politiques du législateur qui pose des énoncés normatifs ; mais le législateur définit un devoir-être qui dès lors existe. Certes les autorités authentiques ont en définitive le pouvoir (effectif) de donner une interprétation de l'énoncé normatif validement posé, et n'importe quelle interprétation de l'énoncé normatif. Mais la méthode scientifique (linguistique) permet à chacun, y compris l'autorité authentique, de déterminer *avant* quelles sont les significations prescriptives linguistiquement acceptables de tel énoncé normatif dans le système juridique considéré, et de déterminer si le choix effectif des autorités de ce système rentre ou non dans ce cadre de significations : s'il est donc, ou non, juridiquement correct. Le droit n'est plus simple affaire de raison. Mais il reste de la raison possible dans le droit lui-même (pas simplement dans sa description), et le recours à la raison

²⁴ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005.

²⁵ Michel Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Gênes, et *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002.

comme guide rendrait certains choix des pouvoirs effectifs plus légitimes. Conciliation d'une thèse réaliste modérée (exprimable dans le normativisme) et d'une doctrine politique de la séparation des pouvoirs, de la souveraineté et de la démocratie procédurale. Eternel débat sur cette raison que l'on dit pratique.²⁶

La théorie réaliste de l'interprétation déconstruit la représentation du droit lié à cette croyance. Le droit est seulement affaire de pouvoirs.

Ne pas le montrer serait contestable : signification politique. Le montrer ne le légitime en rien. Au contraire : cela ouvre la possibilité à l'élaboration de stratégies concrètes à partir des ressources qu'offre ou que constitue le droit. Ce qui est une autre signification politique, sans doute la plus essentielle.

9- La théorie réaliste de l'interprétation est en définitive une ressource théorique pour une doctrine politique du droit comme une théorie des ressources pour une pratique politique du droit.

Le dépassement de ce que toute entreprise de déconstruction peut avoir de nihiliste et d'insatisfaisant réside dans le fait que justement la théorie réaliste de l'interprétation a cette signification politique.

Ce qu'elle présuppose est utile à une représentation intellectuelle du politique : la complexité et l'enchevêtrement des pouvoirs dans les systèmes politiques modernes juridiquement organisés, du pouvoir de constitution à celui de concrétisation en passant par ceux d'énonciation ou d'exécution, au-delà du pouvoir officiel désigné par le discours politico-juridique. Ce qu'elle permet de décrire l'est aussi : le fonctionnement de ces pouvoirs. Ce qu'elle permet de comprendre l'est encore plus : les limites du droit et l'utilisation alternative disponible du droit.

La déconstruction par la théorie réaliste de l'interprétation n'a pas débouché sur une prise de position politique systématiquement et explicitement critique, sur le modèle des mouvements post-réalistes nord-américains notamment (*Critical legal studies*, etc.), même si Michel Troper (par exemple) n'a jamais été absent du débat citoyen, comme citoyen.

Mais cette déconstruction constitue des ressources pratiques pour le droit en action : pour ceux qui veulent faire quelque chose avec le droit. Quelle que soit cette chose.

²⁶ Sur laquelle : Alf Ross, *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis*. Levin & Munksgaard, Copenhague Leipzig, 1933.

En désignant le droit comme autre chose qu'un système de valeurs transcendantal ou un système de normes posées de manière structurée *a priori* (la hiérarchie des normes, même selon une théorie dynamique²⁷), la théorie réaliste de l'interprétation désigne des enjeux multiples, et les lieux de ces enjeux.

A charge pour chacun, s'il le souhaite, pour celui qui le souhaite, et pour ce qu'il souhaite, d'y être présent. Expression encore de cette méta éthique non cognitiviste qui prend au sérieux les idées de démocratie procédurale et de responsabilité des choix individuels, cette déconstruction qui n'embrasse aucune dimension substantielle *a priori* est la condition de la validité scientifique de la théorie réaliste de l'interprétation ; il ne s'agit pas d'une doctrine (politique) mais d'une théorie (cognitive) : elle est politiquement efficace pour cette raison, et là réside en définitive sa signification politique.

²⁷ Michel Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in Elisabeth Zoller, *MARBURY VS MADISON, UN DIALOGUE FRANCO-AMÉRICAIN*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 215-228.