



HAL
open science

Qui sont les “ opérateurs juridiques ” de Riccardo Guastini ?

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Qui sont les “ opérateurs juridiques ” de Riccardo Guastini ?. *Analisi e Diritto*, 2014, pp.103-113. halshs-01115506

HAL Id: halshs-01115506

<https://shs.hal.science/halshs-01115506>

Submitted on 11 Feb 2015

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.

Qui sont les « opérateurs juridiques » de Riccardo Guastini ?

Eric Millard

Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR CNRS 7074)

eric.millard@u-paris10.fr

Riccardo Guastini, dans son article consacré à la redéfinition du réalisme (génois), emploie le concept d'opérateur juridique pour désigner les personnes qui créent du droit, qui manipulent le droit, qui proposent des constructions juridiques. Ce concept est assurément plus utile que celui traditionnel d'autorités juridiques, d'officiels, ou d'interprètes authentiques pour englober les acteurs qui se servent, d'une manière ou d'une autre, des énoncés et des normes que nous appelons en vigueur. Toutefois, dans sa caractérisation des opérateurs juridiques, Riccardo Guastini s'en tient à des opérateurs que l'on dit public : les juges, l'administration publique, les autorités constitutionnelles. Dans ce papier, je veux montrer qu'il n'y a aucune raison théorique de se tenir à cette caractérisation, et qu'il y a même des raisons que soutient l'enquête empirique d'étendre celle-ci au-delà, en incluant les pouvoirs dits privés.

Riccardo Guastini, in his paper redefining Legal Realism, uses the concept of legal operator to designate people creating law in various ways. This concept is certainly more useful than the traditional ones of legal authorities, or officials to incorporate actors who use in a way or another enouncements and norms. Nevertheless, Riccardo Guastini stays on a conception of so-called public operators : judges, administration and constitutional authorities. In this paper, I want to demonstrate that there is no theoretical reason for so, and that there are good empirical reasons to extend the charcaterization of legal operators beyond, including so-called private powers.

Mots clés

Réalisme juridique – création du droit – construction juridique - opérateurs juridiques

Keywords

Legal realism – law creation – legal construction - legal operators

1 – Je n'ai aucun désaccord théorique majeur avec la théorie du réalisme redéfinie par Riccardo Guastini ¹. Je partage avec Riccardo Guastini, et je crois quelques autres, l'acceptation d'un certain nombre de prémisses pour l'étude du droit : le non-cognitivism éthique, la séparation entre le droit et la science du droit, l'exigence de la neutralité axiologique de la science du droit, une conception moniste du monde, une compréhension du droit comme devant désigner des ensembles de faits (et plus particulièrement des entités linguistiques).

Dès lors, ce que je vais exposer ici pourra paraître hors de propos pour qui ne partage pas ces points de départ, et notamment pour ceux qui ont une idée plus constructiviste de ce que devrait être la philosophie du droit. D'un autre côté, les désaccords que je vais pointer pourront également apparaître comme mineurs pour des réalistes convaincus, car il n'est pas certain que l'acceptation des reformulations que je pourrais proposer changerait fondamentalement ni une théorie réaliste du droit, ni une science du droit sur des fondements réalistes.

A vrai dire, mes éventuels points de désaccords avec Riccardo Guastini portent sur deux questions seulement.

2 - Je ne traiterai pas longuement de la première, dont Michel Troper parlera : la question de la validité. Toutefois, dans la mesure où mon désaccord n'est pas du même ordre que celui qu'évoquera Michel Troper, je le mentionne en passant. Selon

¹ Dans cet article je m'appuierai sur le texte original de Riccardo Guastini en Italien. Le lecteur francophone pourra cependant se reporter à la traduction française de ce texte que j'ai proposée et que Riccardo Guastini a revu : Guastini R. (2013). *Le réalisme juridique redéfini*, « Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif » 2013, 3, 1123-1135.

Riccardo Guastini, les faits sociaux, les entités linguistiques ou si l'on préfère les objets "droit" dont se saisit une théorie réaliste du droit sont de trois types : *insieme di testi normativi*, *insieme di norme* et *insieme di norme vigenti*. La distinction entre les deux derniers types doit être comprise ainsi : les normes sont des significations prescriptives ; certaines de ces significations sont connaissables par l'analyse juridique (linguistique) en ce qu'elles constituent des significations acceptables (*significati plausibili*) selon un certain point de vue des textes normatifs, et Riccardo Guastini appelle ces significations des normes exprimées ou explicites ; mais toutes les normes exprimées ne sont pas des normes en vigueur au sens de normes effectivement utilisées dans une société donnée avec des effets constatables puisque les énoncés ne peuvent jamais être univoques et qu'un choix de signification est toujours nécessaire dès lors que les opérateurs juridiques ne se limitent pas à établir un cadre de signification plausible ; et d'un autre côté certaines normes en vigueur ne sont pas des significations plausibles d'énoncés préexistants, et résultent d'une pure création (manipulation) des opérateurs juridiques : ce sont des normes inexprimées ou implicites.

Cette typologie me convient très bien et je ne crois pas inutile d'effectuer une distinction entre normes implicites et normes explicites d'une part, entre normes plausibles et normes en vigueur d'autre part. Ces distinctions permettent de faire en effet un certain nombre de choses que requiert une théorie réaliste de la science du droit : par exemple mesurer et décrire ce que font les opérateurs juridiques. La doctrine, dans le sens de science du droit, décrit des significations d'énoncés normatifs. Les opérateurs juridiques manipulent ces énoncés, mais dans des degrés divers selon qu'ils choisissent une norme explicite ou crée une norme implicite. Cela n'a évidemment rien à voir avec une quelconque prise de position ontologique ou déontique. Mais cela permet de dire plus finement ce qu'est le droit en vigueur que le mot d'ordre Holmesien selon lequel le droit est ce que fait le juge.

Ma réticence tient à ce que pour identifier et caractériser ces trois objets possibles, nous ne disposons que de deux concepts : validité et vigueur. Riccardo Guastini parle de validité aussi bien pour les énoncés normatifs que pour les normes

plausibles ou expresses ou explicites, dès lors qu'elles ne sont pas envisagées comme normes en vigueur : donc dans le cadre d'une activité cognitive visant à établir le contenu des significations validement produits. Il le fait discrètement (à la note 48 de son papier notamment). Je crois en comprendre les raisons : d'une part, c'est un héritage conceptuel de l'analyse kelsénienne du cadre de signification, et Pierluigi Chiassoni entre autres s'est efforcé de montrer les potentialités réalistes de l'analyse kelsénienne ; d'autre part et surtout, un énoncé n'est jamais validement produit par rapport à un autre énoncé, mais bien par rapport à son contenu de signification : comment pourrait-on alors parler d'un énoncé valide si nous ne savons pas ce qu'est le cadre de signification de l'énoncé qui lui fournit sa validité, et si nous ne considérons pas que ce cadre de signification nous donne les normes valides ?

Malgré ces bonnes raisons, je crois qu'on gagnerait cependant renoncer à l'idée de normes valides dans une théorie réaliste du droit, et réserver ce terme (éventuellement) à l'évaluation de la production de certains énoncés normatifs. Avec pour conséquence sans doute de renoncer à l'idée de système au sens kelsénien, que la validité appelle. Pour faire ce que requiert une théorie réaliste du droit, nous n'avons pas besoin de ce concept fort de validité des normes, puisque nous savons bien que nombre des normes en vigueur peuvent être, selon ce concept, invalides. Nous n'avons besoin que d'un concept faible de la validité pour comprendre comment certains énoncés sont produits (« conformément au contenu de signification plausible d'autres énoncés »), dès lors que à la différence de l'analyse kelsénienne nous admettons que ces énoncés validement produits ne constituent que une forme particulière de sources possibles de certaines normes éventuellement en vigueur : des normes explicites.

A défaut, nous tomberions dans l'aporie classique de l'analyse kelsénienne systémique, celle des révolutions juridiques. Une question inutilement compliquée dès lors que nous avons un concept de normes en vigueur. En France par exemple, la modification de la Constitution en 1962 sur l'élection du Président de la République a été faite selon une procédure qui ne pouvait en aucun cas constituer le contenu de signification plausible de l'énoncé constitutionnel adopté en 1958. L'énoncé

constitutionnel révisé ne peut donc en aucun cas avoir été validement produit. D'un autre côté évidemment, la question de la validité de la Constitution de 1958 elle-même est non envisageable. Pour autant, l'énoncé révisé en 1962 a pu être interprété de manière plausible, y compris par les opérateurs juridiques, de telle manière qu'il fournit un fondement de validité à une multitude d'autres énoncés, et que nombre de normes en vigueur peuvent être analysées comme des normes plausibles, au sens de significations plausibles de ces énoncés.

Pour résumer, je pense qu'au sens fort (au sens dont a besoin une théorie), nous n'avons besoin que d'un seul concept et non de deux. Or pour une théorie réaliste, le concept indispensable est celui de norme en vigueur : bien sur ce concept doit être caractérisé, notamment pour s'entendre sur le degré d'efficacité ou d'effectivité nécessaire d'une norme pour être considérée en vigueur ; mais ce n'est pas ici le lieu pour entreprendre cette caractérisation. D'un autre côté, je proposerais donc de renoncer à tout concept fort de validité, et à ne réserver l'idée de validité dans un sens faible qu'à (une partie) de l'ensemble des énoncés normatifs (ceux qui sont produits conformément à une norme, c'est-à-dire à certaines sources du droit). Les idées respectivement d'énoncés valides et de normes plausibles désignent donc dans deux optiques différentes une partie des sources possibles du droit.

Il est cependant vrai que nous ne pouvons nous passer de ces idées : une science réaliste du droit reconstruit le discours des juristes, et doit rendre compte de la manière dont les juristes utilisent l'idée de validité. Cette idée traduit donc le point de vue interne aux juristes, alors que le concept de normes en vigueur est le concept externe nécessaire à une théorie réaliste du droit.

3 – J'ai sans doute été trop long (ou pas assez) sur ce point et je veux maintenant en venir à la question des opérateurs juridiques, qui n'est cependant pas sans lien avec ce que je viens de dire.

Je trouve particulièrement fructueux que Riccardo Guastini emploie ce terme plutôt que celui d'autorité juridique, ou d'acteur juridique, pour mettre en évidence le travail de manipulation du droit à l'œuvre dans toute société dans une activité de

construction juridique.

Riccardo Guastini insiste à plusieurs reprises sur ce point : « *Le decisioni interpretative degli operatori giuridici sono condizionate dai loro interessi pratici* », « *il vocabolo “interpretazione” è usato, in modo alquanto opaco, per denotare la totalità delle operazioni intellettuali degli operatori giuridici* », « *gli operatori giuridici – e, fra questi, soprattutto i giuristi teorici – non si limitano a decidere il significato dei documenti normativi* », « *gli operatori giuridici fanno opera di “costruzione giuridica”* ». D'un autre côté, Riccardo Guastini appelle à juste titre une critique du positivisme et du réalisme qu'il qualifie de naïfs : « *Non solo i giudici applicano il diritto (come spesso sostiene o sembra sostenere il realismo ingenuo), ma anche, ovviamente, i funzionari della pubblica amministrazione e, meno ovviamente, i supremi organi costituzionali* » ; « *il diritto, a rigore, non può dirsi prodotto unilateralmente dai “legislatori”, come pensa il positivismo giuridico ingenuo. Nella pratica giuridica non vi sono solo “legislatori”, ma anche interpreti, e il diritto, in almeno un senso della parola, nasce precisamente dalla loro interazione. Né è pensabile un diritto senza interpreti (giuristi in particolare) come non è pensabile una religione senza preti.* »

Je ne discuterai pas de la question de savoir si on peut penser une religion sans prêtre. Je crains hélas que oui, donc que l'esprit religieux survive à la disparition des prêtres. A moins que nous comprenions par là que toute personne qui prétend parler au nom de la religion serait en puissance un prêtre, un prêcheur, même si nous n'avons pas une identification sociale (une professionnalisation comme dans le judaïsme ou le christianisme par exemple) des prêtres. Or cela vaut peut-être aussi pour les opérateurs juridiques.

4 – Riccardo Guastini soutient ici plusieurs idées :

- 1) le droit est « appliqué » par les juges, mais aussi les fonctionnaires de l'administration publique et les organes constitutionnels suprêmes (quand bien même ils ne sont pas juges : les pouvoirs législatifs et exécutifs par exemple) ;
- 2) Les opérateurs juridiques sont ceux qui « interprètent », c'est-à-dire ceux qui

manipulent et construisent le droit (ceux donc qui l'appliquent dans un sens plus large : disons que l'application du droit nécessite l'interprétation, et donc relève aussi de la manipulation et de la construction sans l'épuiser) ; et

3) Parmi les opérateurs juridiques figurent évidemment, et avec une efficacité certaine, les juristes académiques, c'est-à-dire non praticiens : les professeurs de droit.

Ces trois idées me paraissent tout à fait soutenables, et très utiles à une théorie réaliste qui veut saisir et décrire la réalité des faits sociaux que nous appelons droit. Mais je me demande si cette critique du caractère ingénu du positivisme en général, et du réalisme le plus répandu, va assez loin. Autrement dit, le réalisme dispose-t-il d'un critère cohérent avec ses prémisses pour limiter ici le champ des opérateurs juridiques, et notamment des opérateurs juridiques qui « *appliquent* » le droit.

Je dois commencer par préciser que la distinction, qui apparaît dans le texte de Riccardo Guastini, à la lecture, mais sans être conceptualisée, entre appliquer et interpréter, ne me paraît pas essentielle. Je l'utilise d'ailleurs entre guillemets, car elle fait partie de l'idéologie classique des juristes, et Riccardo Guastini indique lui-même le point suivant : « *Il vocabolo “applicazione” acquista sensi diversi a secondo che sia riferito a disposizioni (formulazioni normative), regole, o principi. **Applicare una disposizione** significa banalmente farne **oggetto di interpretazione** e, s'intende, usarla nella motivazione di una decisione. **Applicare una regola (espressa o inespressa)** significa **inferirne deduttivamente** una prescrizione individuale. **Applicare un principio** significa **concretizzarlo**, ossia ricavarne argomentativamente regole inesprese » (les mots appuyés sont de moi).*

J'espère ainsi ne pas trahir la pensée de Riccardo Guastini en affirmant les choses suivantes :

1) interpréter peut signifier une activité cognitive (établir les normes explicites à partir d'un ensemble de textes normatifs) ou une activité décisionnelle (choisir une norme explicite ou implicite) et

2) appliquer le droit est une activité décisionnelle qui comprend l'interprétation au sens décisionnel.

En ce sens, ceux qui appliquent le droit sont nécessairement des opérateurs juridiques, car ils interprètent au sens décisionnel. Est-ce que tous les opérateurs juridiques appliquent le droit ? Cela dépend de ce que nous appelons droit en vigueur, et voilà ce qu'écrit à ce propos Riccardo Guastini : « Ad un terzo livello (profondo) di analisi, la parola “diritto” denota l'insieme delle norme *vigenti*, ossia effettivamente applicate – cioè usate per motivare decisioni – in passato e prevedibilmente applicabili in futuro dagli organi che per l'appunto “applicano” le formulazioni normative: i giudici, s'intende, ma anche la pubblica amministrazione e i supremi organi costituzionali ». La question du point de vue réaliste me semble recouvrir deux questions distinctes.

5 – Est-ce que la doctrine (les juristes non praticiens notamment) lorsque dans une démarche purement cognitive elle établit les normes plausibles fait œuvre de construction juridique ? je crois qu'on peut l'admettre car en indiquant les normes plausibles elle indique aussi les normes qui ne sont pas plausibles, et propose donc un système juridique (selon elle) en vigueur, ce qui peut (et a) des effets sur la représentation du droit (les idées juridiques) d'autres opérateurs juridiques (notamment comme contraintes) et (plus indirectement) sur les justiciables, même si ce système juridique est passablement plus compliqué que celui construit par l'interprétation décisionnelle . D'un point de vue simplement théorique, je crois que même lorsque la doctrine fait ce travail scientifique (ce qu'on appellerait une science empirique du droit non empiriquement vérifiable), elle participe à la construction du droit et doit donc être comprise comme un opérateur juridique qui applique (dans un sens faible) le droit. La critique méta doctrinale, que les réalistes pratiquent volontiers dans l'analyse critique du langage, présuppose d'ailleurs cette confrontation entre différentes constructions juridiques.

6 – D'un autre côté, et c'est à mon sens plus intéressant, parmi les opérateurs juridiques qui appliquent le droit dans un sens fort, pouvons nous nous limiter, d'un point de vue réaliste, à l'extension proposée par Riccardo Guastini contre le réalisme

naïf ? Je ne le crois pas.

Appliquer le droit dans un sens fort, c'est donc motiver une décision en interprétant un énoncé de manière décisionnelle, en inférant une prescription individuelle d'une règle générale et en concrétisant un principe. Est-ce que seuls les juges, les agents publics et les organes constitutionnels suprêmes font cela ? Pour y répondre, nous avons besoin de savoir ce qu'est une décision, et d'un point de vue réaliste, je crois que ce que nous appelons décision ne peut être qu'un choix qui produit des effets dans le champ social. Plus précisément pour une théorie réaliste du droit cela veut dire deux choses :

- 1) que ce choix est effectivement appliqué, donc efficace dans un certain sens, dans le champ social ; et
- 2) que ce choix soit présenté (motivé dans un sens empirique) par l'affirmation qu'il est déduit d'une règle juridique, qu'il est justifié par une norme, ou qu'il est le résultat de la concrétisation d'un principe juridique : bref que ce n'est pas un choix assumé comme arbitraire mais présenté comme « fondé » en droit.

7 – Ici, il me semble que Riccardo Guastini néglige (comme la plupart des juristes classiques et des philosophes du droit) une large part des opérateurs juridiques qui appliquent le droit : les opérateurs que l'on qualifie de privés. Notamment les grandes organisations telles que les entreprises, les banques, les compagnies d'assurances, mais aussi très simplement les signataires d'un contrat, par exemple un contrat de bail, dans des relations quotidiennes.

Je ne cherche pas ici à faire renaître des "théories" heureusement discutées, comme celles du pluralisme juridique. Je pose simplement et sincèrement la question du point de vue de la cohérence d'une théorie réaliste comme celle que je défend, et comme celle redéfinie par Riccardo Guastini. Pour mieux me faire comprendre, je veux prendre un exemple dans le droit français, exemple qui ne se pose plus désormais, mais qui ne me paraît pas être pour autant lié à une question de contingence du système juridique français positif de l'époque : c'est une question réellement théorique.

8 – Durant les années 70 et 80 du siècle dernier, une question juridique s'est posée en France relativement aux contrats de dépôts bancaires, et à la pratique de ce que l'on nomme les agios, ou intérêts débiteurs. Dans son fonctionnement normal, un compte courant bancaire est censé être créditeur, c'est-à-dire qu'il doit toujours rester une somme d'argent sur le compte. Il arrive toutefois qu'il passe en position débitrice, qu'il soit à *découvert*, donc que le titulaire du compte ait dépensé plus qu'il n'avait déposé. Le plus souvent, les banques autorisent ces découverts, sous certaines conditions de montant et de durée, fixées par la convention de compte ou par un contrat annexe. Mais en échange, elles facturent à leurs clients des intérêts débiteurs et des commission.

Quel est le régime juridique de ces agios ? Si la question est désormais résolue, pendant plus d'une dizaine d'années ce ne fut (en apparence) pas le cas. Voilà qu'elle était la situation. D'un côté, selon la loi pénale à l'époque, existait une infraction pénale d'utilisation d'un moyen de paiement *sans provision* c'est-à-dire au delà du solde créditeur (retrait d'argent, chèque, virement, carte bancaire, etc.). D'un autre côté cette infraction n'était poursuivie que sur plainte de la banque qui pouvait, dans un contrat annexe ou dans la pratique, ne pas dénoncer sous réserve : 1) de remboursement par le déposant et 2) de perception d'intérêts sur le découvert bancaire (sur les sommes non déposées dépensées). Les banques favorisaient en général cette situation car elles fixaient librement le taux d'intérêt, et le faisaient varier en fonction des évolutions financières du compte et des marchés ; elles percevaient donc des revenus substantiels liés à cette pratique.

Pour la doctrine dominante (et à première vue y compris pour une interprétation cognitive de la signification des divers énoncés pertinents), les banques outrepassaient leurs pouvoirs. En effet, il n'était possible pour les banques de ne pas dénoncer l'infraction qu'en créditant les comptes à découvert d'une somme qui n'était pas déposée par le titulaire du compte, pour ne pas faire apparaître celui-ci comme débiteur. Cette opération de crédit ne pouvait être qu'une donation (ce qu'excluaient les banques en exigeant le remboursement des sommes temporairement créditées) ou

un prêt bancaire (ce que confirmait la perception d'intérêts). Or un prêt bancaire était soumis à certaines formes, et notamment un contrat écrit, signé par les deux parties, prévoyant explicitement les conditions du prêt, les échéances et le montant des intérêts. Toutes choses que les banques pouvaient faire mais qui réduisaient leur possibilité de déterminer unilatéralement, au jour le jour, le montant des agios ; et qui donc réduirait potentiellement leurs gains.

Contre cette doctrine, exprimée par des universitaires mais aussi par certains membres de la Cour de cassation dans des écrits et des colloques, les banques françaises, réunies dans une association, ont répliqué par une stratégie juridique. D'abord, elles ont indiqué dans les contrats de dépôt qu'elles n'étaient pas obligées d'accorder ces facilités et qu'elle se réservaient de les accorder ou de poursuivre pénalement les déposants à découvert, comme l'exigeait la loi pénale. Ensuite elles ont indiqué dans ces mêmes contrats qu'elles pouvaient fixer unilatéralement le taux des intérêts, et le faire varier, sans devoir chaque fois recueillir l'accord du client dans un nouveau contrat. Et là aussi, elles ont indiqué qu'elles le faisaient en application de la loi.

La doctrine, relayée par les associations de consommateurs, a évidemment dénoncé ce qu'elle appelait une illégalité des contrats, une violation de la loi. Les tribunaux de leur côté étaient hésitants : certains condamnaient les banques en interprétant la loi bancaire, d'autres ne les condamnaient pas en interprétant cette même loi (et parfois en considérant que le client avait accepté cette interprétation de la loi dans le contrat : donc que cette interprétation était plausible). De toute façon, les affaires portées en justice étaient peu nombreuses car d'une part les banques faisaient de cette acceptation par le déposant le préalable nécessaire à l'ouverture du compte, d'autre part parce qu'elles agitaient la menace de la plainte pénale à l'égard des clients contestataires.

Évidemment la cour de cassation aurait pu unifier une ligne jurisprudentielle, quelle qu'elle soit. Mais les banques là encore avaient décidé d'une stratégie juridictionnelle. En première instance et en appel, lorsqu'elles étaient actionnées par un déposant mécontent, elles le privaient de la possibilité de se pourvoir en cassation

en acceptant, même lorsque le juge donnait raison aux banques, de rembourser les agios dont la perception était contestée : elles pouvaient alors se prévaloir de l'existence de décisions à l'appui de leur interprétation, tout en donnant satisfaction individuellement au requérant qui l'acceptait devant la difficulté à prévoir la position du juge de cassation. Bien entendu, quand les banques étaient condamnées, elles ne se pourvoyaient pas en cassation.

Il a fallu qu'une banque s'écarte de cette stratégie collective pour que la Cour de cassation soit saisie, qu'elle prononce l'illégalité de ces contrats, puis que le législateur, sous la pression des banques et des associations de consommateurs, adopte de nouveaux énoncés normatifs.

Cette situation a duré plus de 10 ans. Elle a porté sur plusieurs dizaines de millions de contrats bancaires, et concerné la quasi totalité de la population française. Que peut-on dire des normes en vigueur dans ce cas, et des opérateurs juridiques qui appliquent le droit ? Quelle devrait-être la stratégie d'une théorie réaliste à cet égard ? Bien sûr, nous savons quels étaient les énoncés valides ; bien sûr nous pouvions peut-être savoir ce qu'étaient les normes plausibles. Mais le droit en vigueur ? Une bonne raison sur l'incertitude du droit en vigueur tient à ce qu'il existe des opinions très partagées entre opérateurs juridiques, impossibles à trancher sur le critère de l'efficacité. Mais ce n'était pas le cas là. Les opinions étaient tranchées entre doctrine et banques, mais la doctrine était inefficace (sans effets immédiats), et les banques étaient très efficaces (avec des effets constatables).

Bien sûr, nous pourrions affirmer que nous ne savons pas ce qu'était le droit en vigueur, notamment parce que nous n'avions pas de positions connues et efficaces de la part des opérateurs juridiques qui appliquent le droit, entendus a priori (les juges, etc.). Mais est-il *réaliste* de partir d'un apriorisme assez peu justifié, et est-il réaliste d'ignorer l'efficacité et les effets d'une argumentation, d'une motivation, se présentant comme juridique et qui a pu régler pendant plus de 10 ans des dizaines de millions de contrats. Bien sûr nous pourrions dire que ce n'étaient pas des contrats valides... Bien sûr nous pourrions retomber dans les apories kelséniennes du type des révolutions juridiques ! Mais est-ce utile ? Est-ce réaliste ?

Je préfère considérer, comme l'ont fait les juges d'ailleurs, qu'il s'agissait vraiment du droit en vigueur. Que ce droit ait pu changer, c'est un point, mais lié aux effets de la décision de cassation au bout de 10 ans. Que certains juges aient pu considérer que ce droit en vigueur devait être confirmé ou qu'au contraire d'autres ont pu juger que ce ne devait pas être du droit en vigueur et que les contrats devaient être annulés, c'est encore un autre point. Mais le droit qui a produit des effets de manière massive est bien le résultat d'une opération de manipulation juridique d'un opérateur juridique privé : le consortium des banques.

9 – Existe-t-il donc de bonnes raisons théoriques de s'opposer à pareille extension de la notion d'opérateurs juridiques appliquant le droit ? Je ne le crois pas car il nous faudrait pour cela accepter a priori quelques concepts que par ailleurs l'approche réaliste récuse.

La limitation à des acteurs publics pour l'application du droit repose sur une idée a priori du public et du privé. Certes, les énoncés normatifs et les normes plausibles semblent entériner cette distinction, tout comme nombre de théories du droit et de doctrines politiques. Mais pour quelle raison ? La légitimité ? Une question bien peu réaliste sinon comme représentation mentale. La souveraineté ? Là encore, il serait étonnant qu'une théorie réaliste n'interroge pas cela. Le pouvoir qui serait simplement du côté de l'administration, des juges et des organes constitutionnels suprêmes. Les agences de notation n'ont pas un statut public... Les intérêts recherchés qui ne seraient pas l'intérêt général ?

Un peu de réalisme à propos du réalisme serait bienvenu. La distinction public/privé est une construction et non un fait immédiat. Nous ne pouvons pas l'accepter de manière non critique.

Bien sûr, l'argument le plus fort réside ailleurs : dans le fait que ces opérateurs juridiques privés ne peuvent décider que sous l'éventuel contrôle des juges, et donc que ce sont les juges qui en définitive appliqueront le droit, en retenant ou non leurs manipulations juridiques. Cet argument est essentiel, mais paradoxalement je crois qu'il renforce ma position : d'abord nous pouvons dire la même chose des agents de

l'administration publique et des organes constitutionnels, qui généralement agissent aussi (manipulent le droit) sous le contrôle du juge ; ensuite parce que ce contrôle du juge peut ne pas pouvoir s'exercer, pour des raisons tenant à la manipulation du droit, et cela est vrai pour des opérateurs publics ou privés, comme on le voit. La même raison qui conduit à dire que le réalisme est naïf en croyant que seuls les juges appliquent le droit conduit à dire que les opérateurs qui appliquent le droit sont en réalité extrêmement nombreux, et qu'en définitive le seul critère demeure fondé sur le pouvoir de prendre des décisions motivées en la forme juridique, avec des effets empiriquement constatables.

10 – Évidemment, on pourra dire que mon exemple est marginal, et qu'il ne faut pas généraliser. Certes, cet exemple est exceptionnel : mais non dans son existence ; il est exceptionnel dans le fait qu'une science du droit sur un fondement d'une théorie réaliste peut le décrire. Je crois que des situations comparables sont en réalité très nombreuses, mais moins claires dans leur perception possible pour l'observateur. Nous savons bien pourtant par exemple que nombre d'agents publics prononcent des amendes d'un faible montant que les justiciables s'abstiennent de contester parce que la simple contestation, même suivie d'effets, leur coûtera plus cher que le paiement de l'amende ; ou que des propriétaires interprètent la loi comme leur donnant par exemple le droit de retenir des charges pour le locataire que ceux-ci ne contestent pas pour les mêmes raisons ; nous savons aussi que dans des situations de chômage fort, des employés acceptent des interprétations juridiques des droits patronaux parce qu'ils craignent de ne pas retrouver d'emploi s'ils contestent. Etc., etc. Bien sûr ce n'est pas du droit *valide*, du droit dans les livres, *so what* ? Sauf à avoir une vision bien peu réaliste du droit, ça ressemble quand même à du droit en vigueur, pour un réaliste.

D'un autre côté, accepter cette extension sur le plan théorique n'a pas forcément d'effet sur le plan de la science du droit. Quand nous faisons cette activité scientifique, nous stipulons généralement un concept plus pratique de droit, selon ce que nous voulons et pouvons décrire : un ensemble d'énoncés, un ensemble de

normes explicites, les normes en vigueur selon un certain point de vue (qui peut être limité aux opérateurs publics, ou à la doctrine, ou être étendu à d'autres opérateurs si cela est utile). Pour autant, cette extension peut-être vue comme une revendication d'une investigation plus sociologique dans la science du droit lorsqu'elle est possible, si ce n'est sur ses méthodes (il ne s'agit pas de renoncer à l'analyse critique des entités linguistiques que constituent pour les réalistes le droit), du moins dans l'identification des entités linguistiques étudiées.