

Revue européenne  
des sciences sociales

European Journal of Social Sciences

## Revue européenne des sciences sociales

European Journal of Social Sciences

XXXIX-121 | 2001

L'acteur. Un concept sur la scène des sciences  
sociales

---

# D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique

Olivier Jouanjan

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/646>

DOI : 10.4000/ress.646

ISSN : 1663-4446

### Éditeur

Librairie Droz

### Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2001

Pagination : 55-64

ISBN : 2-600-00663-X

ISSN : 0048-8046

### Référence électronique

Olivier Jouanjan, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXIX-121 | 2001, mis en ligne le 11 décembre 2009, consulté le 20 avril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/ress/646> ; DOI : 10.4000/ress.646

---

Olivier JOUANJAN

## D'UN RETOUR DE L'ACTEUR DANS LA THÉORIE JURIDIQUE

*In vero vanitas*  
(Friedrich Müller)

Les rapides considérations qui suivent se limitent à indiquer une perspective. Celle-ci s'ouvre dans le prolongement de la réflexion esquissée dans une précédente livraison de cette revue<sup>1</sup>. Il y s'agissait de situer, dans le débat contemporain, l'effort théorique et méthodologique de la Théorie Structurante du Droit élaborée par Friedrich Müller depuis les années soixante<sup>2</sup>. On voudrait ici insister un peu sur ce point capital, souvent mal compris, et qui n'avait été qu'esquissé, à peine, dans le texte précédent : dans cette théorie, parce qu'elle négocie, dans le droit, un tournant pragmatique radical, la question de l'acteur juridique, dénommé plus précisément le « travailleur du droit », devient centrale.

\*  
\* \*

Il convient de partir du problème classiquement désigné comme le problème des méthodes d'interprétation du droit. Celui-ci est non moins classiquement abordé par les juristes sous l'angle de la question herméneutique traditionnelle de la recherche du sens caché qui gît au fond du texte juridique interprété. Il s'agit donc de rechercher la plus grande proximité possible entre le sens caché de la norme et le sens donné à la norme par son interprète. La rationalité de l'opération juridique tiendrait à la possibilité de réduire la distance entre ces deux sens. La question de la rationalité se poserait comme la question de la conformité plus ou moins grande entre le sens tel qu'interprété et son modèle, son image, son idée, son fondement. La question des méthodes de cette interprétation est ainsi posée, ordinairement, dans le cadre d'un rapport statique, idéal entre le sens réel et son image. Elle est posée ainsi dans la mesure où, de la norme, on se fait une conception « platonicienne » : elle serait, enfouie dans le texte, elle serait l'idée qu'il conviendrait d'*ex-primer*. Les « méthodes » d'interprétation sont donc des voies

---

<sup>1</sup> O. Jouanjan, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XXXVIII, 2000, N°119, pp. 65sq.

<sup>2</sup> Depuis F. Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966. Ce texte a été ensuite révisé et augmenté pour former, désormais, la première partie de : F. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2<sup>ème</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

d'accès à la signification « véritable » du texte, à la norme. C'est ainsi que sont traitées les règles canoniques de l'interprétation, telles qu'elles ont été, notamment, exposées par Savigny au XIX<sup>e</sup> siècle : l'interprétation a pour objet des procéder à « la reconstruction de la pensée immanente à la loi » et elle se décline en quatre « éléments » : le grammatical, le logique, l'historique et le systématique<sup>3</sup>.

Dans son ouvrage classique de méthodologie juridique, Karl Larenz, qui se rattache au courant herméneutique, voit l'objet de l'interprétation dans « le texte de loi comme *porteur* du sens qui est fixé en lui », un sens « enfermé dans le texte et, pour ainsi dire, encore caché ». Il corrige ensuite Savigny et propose cinq « critères » ou « points de vue » qui doivent autoriser l'interprétation à émettre une « prétention à la justesse » (*Anspruch auf Richtigkeit*) : le « sens littéral » (*Wortsinn*) ; le « contexte sémantique de la loi » ; l'intention normatrice, les buts et représentations du législateur historique ; les critères téléologiques-objectifs ; l'impératif d'une interprétation conforme à la Constitution<sup>4</sup>.

Ce présupposé « platonicien », qui hypostasie la norme et la signification, qui entend pouvoir s'appuyer sur une signification ou un *bout* de signification qui serait pour ainsi dire *dans* le texte de la norme ou, en tout cas, *recupérable* à partir de ce texte, un tel présupposé se rencontre aussi, même s'il est moins immédiatement apparent, dans des théories très sophistiquées de l'argumentation juridique.

On le décèle lorsque le « sens littéral » des propositions normatives fait office d'ultime valeur refuge d'où l'on pourrait encore, partiellement, statuer sur la question de la *conformité* de l'interprétation au texte interprété. C'est de cette façon qu'on peut lire le travail, sans conteste impressionnant, de Robert Alexy<sup>5</sup>. Le sens littéral des mots de l'énoncé, ainsi d'ailleurs que la volonté subjective de l'auteur du texte, participe à l'édification des fortifications d'un bastion de signification de la norme. Ce noyau dur peut sans doute laisser la porte ouverte à plusieurs interprétations encore possibles, le choix entre celles-ci se ferait alors au moyen d'arguments supplémentaires, surajoutés<sup>6</sup>. On pourrait, sur cette base, distinguer nettement entre « ce que le législateur a établi à titre de norme, et ce qu'un interprète apporte d'arguments au soutien d'une certaine interprétation »<sup>7</sup>. Cette position s'appuie d'ailleurs sur une théorie de la signification précise, celle que propose la « sémantique logique » développée notamment, pour les juristes, par Hans-Joachim Koch.

<sup>3</sup> F. C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome 1, Berlin, Veit, 1840, p. 213. Il faut tout de même ajouter que ces « canons » ne sont suffisants que s'agissant des lois « saines » (*der gesunde Zustand des Gesetzes*) et que les lois « défectueuses » (*manglehaft*) supposent de recourir à des « expédients » (*Hilfsmittel*) interprétatifs : la cohérence interne de la loi, le lien entre la loi et sa raison (*Grund*), la « valeur intrinsèque du contenu produit par l'interprétation » (*ibid.*, pp. 222sq.).

<sup>4</sup> K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>ème</sup> éd., Berlin, Springer, 1991, p. 312sq.

<sup>5</sup> Voir not. : *Theorie der Grundrechte*, Francfort, Suhrkamp, 1986, pp. 501sq.

<sup>6</sup> Ce que Müller appelle un « modèle additif », « une liaison externe, simplement additive entre la sémantique et l'argumentation juridique » : *Discours de la méthode juridique*, trad. O. Jouanjan, Paris, PUF, 1996, p. 207.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 68.

Ce dernier s'efforce particulièrement d'effacer la différence entre la théorie de la signification comme usage (*Gebrauchstheorie*), qu'on attribue à Wittgenstein (celui des *Investigations philosophiques*), et la doctrine de la signification qu'on rencontre dans l'empirisme logique de Carnap: «Pour Wittgenstein comme pour Carnap, les *intensions*<sup>8</sup> sont objectives en un double sens: elles doivent être d'abord *recherchées* à travers des descriptions d'usages linguistiques factuels et non pas par introspection ou d'autres modes suspects d'investigation des états mentaux des locuteurs. Par ailleurs elle se réfèrent, par leur contenu, par exemple à des propriétés d'objets ou de situations<sup>9</sup>.» Cette objectivité des *intensions* permet de déployer l'analyse sémantique sur un terrain sûr: même s'il peut y avoir du «jeu» dans la signification, on doit pouvoir, à tout le moins dans le cas général, présenter la topographie de la signification d'un énoncé en trois zones, celle des «candidats» certainement exclus de la sphère de signification de l'énoncé, celle des candidats certainement inclus, «subsumables» sous le concept (le noyau conceptuel, *Begriffskern*), puis, entre les deux, la zone d'incertitude, celle des candidats indéterminables (le halo conceptuel, *Begriffshof*)<sup>10</sup>.

D'une autre manière, enfin, on peut lire, dans la théorie kelsénienne de l'interprétation proposée à la fin de la *Théorie pure du droit*<sup>11</sup>, une tentative pour sauver, dans le texte de norme même, une part de normativité, pour reconnaître, immanent au texte, un morceau de signification, un *bout de norme* qui permet de donner au système une base suffisamment fixe et éviter de ne faire de la célèbre pyramide des normes qu'une structure dissipative, qui pourrait se trouver prise dans la dérive générale des significations: le texte à appliquer est sans doute susceptible de plusieurs interprétations entre lesquelles il n'existe aucune méthode qui permettrait de trancher avec certitude, il faut très certainement rompre avec le dogme de la «solution unique» (un texte devrait produire une et une seule décision dans un cas particulier); mais s'il y a liberté de choix entre ces interprétations possibles (donc entre des normes possibles), si donc l'interprétation est, à ce moment, un acte de volonté qui fait participer l'application du droit à la création du droit, il n'en demeure pas moins qu'elle se meut dans un «cadre» susceptible, lui, d'être connu, d'être l'objet d'un acte de connaissance. C'est à tout le moins ce qui est affirmé, car la Théorie Pure garde le secret sur les méthodes qui seraient susceptibles de tracer les limites mêmes de ce cadre<sup>12</sup>.

L'affirmation de l'existence de tels cadres semble plutôt jouer un rôle totémique, invocation protégeant l'idée d'un cœur fixe de la norme que contiendrait les mots des énoncés normatifs. L'ordre juridique admet sans doute du bruit et du flou, étant donnée l'impossibilité de décrire scientifiquement les complètes significations des textes, de décrire le contenu des normes. La doctrine du cadre des

<sup>8</sup> L'intension est la propriété qu'exprime un prédicat, par opposition à l'extension qui désigne la classe des objets pour laquelle le prédicat est pertinent.

<sup>9</sup> H.-J. Koch, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, Francfort, Suhrkamp, 1977, p. 40.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., trad. par Ch. Eisenmann, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, pp. 335sq.

<sup>12</sup> Sur ce point, not.: H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2<sup>ème</sup> éd., Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 148sq.

significations possibles permet cependant de maintenir la représentation traditionnelle d'un objet juridique fixe, préexistant à son application. Le modèle, ici, est également « additif » : la libre détermination de l'applicateur du droit se greffe (ou devrait se greffer) sur ce cadre des possibles que peut objectivement délimiter l'activité scientifique. L'application créatrice du droit est une combinaison d'éléments objectifs et subjectifs, hétérogènes entre eux : le sujet vient remplir le cadre objectif donné à l'avance. La théorie de l'interprétation correspond à la théorie de la propriété créatrice qu'il convient d'attribuer à l'application du droit : exception faite des cas-limites, toute application d'une norme supérieure est en même temps création d'une norme inférieure (et réciproquement)<sup>13</sup>.

Cette « théorie de la formation du droit par degrés » n'emporte pas, toutefois, rupture avec la conception « platonicienne » de la norme : la norme supérieure, même ouverte ou imprécise, préexiste à l'acte d'application qu'elle détermine objectivement, même si ce n'est que partiellement, même si elle laisse place à un élément subjectif *supplémentaire*, à un pur élément volitif dans l'opération d'interprétation. Ces deux éléments, l'objectif et le subjectif, agissent, sans médiation véritable, dans le processus de concrétisation des normes. On peut estimer avoir affaire ici à une *Zwei-Seiten-Theorie* d'un autre genre, à une théorie des « deux faces » de l'interprétation<sup>14</sup>.

\*  
\* \*

Ce type de conceptions renvoie à une doctrine de la signification, à une théorie sémantique. La signification, ou bien à tout le moins une partie de la signification préexisterait à l'acte d'application, à l'usage de la signification. Le signifiant renverrait à un « signifié transcendantal » qui « excéderait la chaîne des signes, et ne fonctionnerait plus lui-même, à un certain moment, comme signifiant »<sup>15</sup>. Les mots renverraient à une pensée d'au-delà des mots (mais qu'il faudrait bien reformuler dans l'interprétation), à une pensée qui préexisterait et présiderait à son expression et qu'il faudrait (mais avec des mots) aller retrouver. La norme, comme signification du texte, préexisterait et présiderait à son interprétation. Il y aurait un coup d'arrêt possible qu'on pourrait donner à l'interprétation (même s'il fixe l'interprétation à une détermination seulement partielle de la signification). Il en résulte aussi une certaine conception des *méthodes* : la méthode serait un moyen d'accéder avec sécurité à la signification du texte, à la norme, un dispositif d'arrimage du texte à sa norme. Même dans le positivisme le plus radical vit encore cette métaphysique inavouée (inavouable) des juristes, celle qui sépare le sujet de l'objet, la volonté de la connaissance, la pensée de la parole. D'où vient, sans doute, cet autre dualisme, de l'être et du devoir-être.

<sup>13</sup> *Théorie pure du droit*, p. 235sq.

<sup>14</sup> Cela dit par allusion à la célèbre *Zwei-Seiten-Theorie des Staates* (théorie des deux faces de l'Etat) défendue par Georg Jellinek et critiquée avec force par Kelsen. Voir : G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, trad. fr., t.1, Paris, Giard et Brière, 1911, not. p. 27sq. et, pour la critique, notamment : H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2<sup>ème</sup> éd., Tübingen, Mohr, 1928.

<sup>15</sup> J. Derrida, *Positions*, Paris, Minuit, 1972, p. 30.

Cette métaphysique s'exprime pleinement dans l'idée (le mythe) selon laquelle la lettre du texte fournirait, à tout le moins, la « limite » à l'interprétation acceptable. Cette limite venant de la lettre du mot, elle échapperait à la subjectivité de l'interprète. Mais, comme l'écrit Ralph Christensen, « les mots ne portent pas par eux-mêmes des barrières qui permettraient d'exclure certains modes de leur usage. Ces limites de l'usage ne sont pas décidées *par* la langue. C'est au contraire *dans* la langue qu'on décide de ces limites, par les hommes qui forment une communauté de langue ou jouent un jeu de langage. La langue ne peut donc pas, de ce fait, à la place du juriste ou du souverain politique, résoudre le problème consistant à fixer les standards d'une certaine culture juridique »<sup>16</sup>.

\*  
\* \*

La Théorie Structurante du Droit vise à larguer ces amarres métaphysiques de la science juridique. Pour ce faire, elle ne considère plus le système juridique comme un « système de normes », mais comme un système d'acteurs, comme un système social de production de normes. Les « normes juridiques », dans l'usage qu'elle fait de ces mots, ne renvoient pas à cette signification « objective » des textes juridiques, mais aux résultats de l'activité pratique de ceux qui sont appelés, dans des circonstances, avec des objectifs et des contraintes variables, à *travailler* ces textes. Ces « travailleurs » du droit, qui « concrétisent » les normes juridiques, c'est-à-dire les produisent dans un certain contexte pragmatique<sup>17</sup>, sont les sujets responsables de la production des normes : « Ce sont les juristes, en tant qu'ils agissent, qui, suivant le fil directeur des textes de normes et les limites qu'ils imposent dans un État de droit, décident, justifient, communiquent et, le cas échéant, engagent l'exécution concrète de la norme-décision. Le *sujet*, du processus de concrétisation n'est jamais la norme juridique. Puisqu'elle n'est pas donnée à l'avance – on ne peut le dire en effet que du texte de norme – mais qu'elle est seulement produite par le juriste à l'occasion du cas d'espèce pour être ensuite individualisée en une norme-décision, c'est *lui*, le juriste, qui est proprement le sujet et le responsable de la réalisation du droit<sup>18</sup>. »

La Théorie Structurante du Droit propose donc de modifier notre concept méthodologique, qui prend habituellement la forme d'une réflexion sur la justification des interprétations, sur le « raisonnement juridique » et les conditions de sa validité. Il s'agit ici d'y substituer un autre programme méthodologique dont l'ob-

<sup>16</sup> R. Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 285.

<sup>17</sup> À la différence de l'usage en vigueur chez Kelsen, l'expression concrétisation des normes ne signifie pas, chez F. Müller, que des normes abstraites préexistantes régleraient (partiellement) la production de normes plus individuelles, plus concrètes, mais qu'il est préférable d'appeler norme le résultat d'un travail effectué dans un certain contexte concret, pragmatique (dont le cas à résoudre, le problème posé est un élément) sur les textes juridiques comme d'ailleurs sur d'autres éléments du contexte (not. sur le cas dont les données doivent faire l'objet d'une élaboration). Le mot concrétisation ne sert pas à désigner une propriété (dynamique) d'un système de « normes », mais à caractériser l'activité même des acteurs-producteurs du droit.

<sup>18</sup> Voir : *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 227sq.

jet est une réflexion sur les conditions de production du droit et des normes<sup>19</sup>. Il s'agit d'une « théorie de l'agir juridique »<sup>20</sup>: « La Théorie Structurante du Droit (...) s'est donné dès le départ pour tâche de concevoir l'agir juridique dans son rapport avec les deux axes (Norme – Réalité) et (Norme – Cas d'espèce), qu'il convient d'étudier du point de vue théorique comme du point de vue pratique, comme il convient, dans le même temps, de le structurer conformément aux exigences que le principe de l'État de droit impose aux modes du travail juridique »<sup>21</sup>.

À la différence de la Théorie Pure du Droit, qui pose *a priori* son concept de la norme et renvoie la distinction du *Sein* et du *Sollen*, de l'Être et du Devoir-Être, à une donnée immédiate de la conscience<sup>22</sup>, la Théorie Structurante du Droit part de l'analyse des pratiques décisionnelles – spécialement juridictionnelles dans la mesure où la motivation des décisions de justice en facilite l'étude – au sein d'un système politique et juridique donné. Elle n'est pas « une théorie achevée qui, partant de ses concepts fondamentaux, voudraient en déduire ce qu'est un texte juridique par essence, et en quoi devrait consister l'activité des titulaires de fonctions juridiques (...) La Théorie Structurante du Droit se comprend comme la réflexion d'accompagnement d'une pratique du droit, pratique dans laquelle les règles décisives de la rationalité juridique sont déjà là, mais disséminées. Elle considère que sa tâche consiste à ordonner ces divers moments en un modèle provisoire et ouvert à de nouvelles évolutions. Ainsi, les positions théoriques adoptées ne sont pas le présumé, mais la conséquence d'une analyse de la pratique, et le critère de rationalité n'est pas importé depuis la philosophie pour être, dans un second temps, appliqué au droit; il est immanent au jeu de langage juridique »<sup>23</sup>. Le déplacement de problématique – du droit conçu comme un emboîtement ordonné de normes au droit conçu comme un système d'action – lui impose ce point de départ inductif<sup>24</sup>. Elle met en évidence notamment le « hiatus entre ce que les tribunaux font et entre ce qu'ils croient faire »<sup>25</sup>. Elle analyse particulièrement cette pratique jurisprudentielle au regard des significations que prennent, dans un système constitutionnel du type de celui qui s'organise sous l'empire de la Loi fondamentale allemande, les principes de l'État de droit et de la démocratie (qui sont eux-mêmes pris dans le jeu de langage juridique).

\*

\* \*

<sup>19</sup> Voir: *Discours de la méthode juridique*, p. 33; R. Christensen, « Strukturierende Rechtslehre », *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Darmstadt, Neuwied, Luchterhand, 1987, 2/560.

<sup>20</sup> *Discours de la méthode juridique*, p. 42.

<sup>21</sup> F. Müller, « Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre », *Essays zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 131sq.

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>23</sup> F. Müller, R. Christensen et M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 15. Voir aussi: F. Müller, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 71.

<sup>24</sup> *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>25</sup> F. Müller, R. Christensen et M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, *op. cit.*, p. 30. On trouve l'exposé d'une telle analyse à partir de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, dans: *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 55-91.

La matière première de ce travail juridique productif de normes est constitué, dans les ordres juridiques occidentaux contemporains, de textes. Il s'agit bien sûr des textes des lois et règlements en vigueur (données linguistiques *primaires*). Mais les données factuelles elles-mêmes doivent être mises en récit, en forme textuelle (données linguistiques *secondaires*). Et il s'agit d'élaborer, avec ces textes, d'autres textes, notamment les textes des jugements<sup>26</sup>. Travail avec des textes<sup>27</sup> et en vue de la production de textes, la concrétisation du droit (dans l'État de droit démocratique occidental contemporain) est, du point de vue de la Théorie Structurante, un « travail de textes »<sup>28</sup>. Ces expressions de « travail avec des textes » ou de « travail de textes » renvoient à une prise de distance envers la tradition « herméneutique », qu'elle soit celle de l'herméneutique générale ou celle de l'herméneutique juridique<sup>29</sup>. Comme l'écrit Dietrich Busse, un linguiste engagé dans un programme interdisciplinaire de recherches de linguistique juridique : « L'explicitation' (*Auslegung*) juridique de textes de lois a peu de choses en commun avec l'interprétation' au sens philologique. Je pars de ce fait que, à côté du 'comprendre' en tant que l'acte de réaliser immédiatement et intuitivement la signification d'un texte, à côté de l'interpréter', en tant que l'acte de 'rendre plus compréhensible', que la recherche de couches sémantiques profondes d'un texte, il faut encore admettre une troisième catégorie de commerce avec les textes : une forme spécifique du 'travail avec des textes', différente selon le domaine d'action, et qui ne peut être réduite à la conception que l'on se fait communément de l'interprétation'<sup>30</sup>. »

Cette nuance correspond au rejet, par la Théorie Structurante, du mot « application » et du schéma méthodologique qu'il connote<sup>31</sup> : « interprétation » tend à désigner un travail, certes, mais qui n'aurait d'autre objet que le texte d'une loi qui, une fois interprétée, deviendrait enfin « applicable » au cas. L'usage habituel

<sup>26</sup> Mais pas seulement : si elle se concentre sur l'analyse des décisions de justice pour les raisons qu'on a dites, la méthodologie structurante doit pouvoir s'étendre aux opérations de concrétisation d'où résulte le texte d'un contrat, le texte d'une loi (comme concrétisation de la constitution), le texte d'un règlement ou d'une décision administrative individuelle (comme concrétisation des textes « applicables »).

<sup>27</sup> *Discours de la méthode juridique*, p. 42sq., p. 382sq.

<sup>28</sup> Selon la formulation que j'avais proposée dans la présentation du *Discours de la méthode juridique* (*op. cit.*, p. 20) et reprise par F. Müller : *Rechtsarbeit und Textarbeit*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>29</sup> Voir : *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 42sq. Cette distance ne signifie pas que la Théorie Structurante méconnaîtrait les mérites de certains développements au sein du courant herméneutique. Arthur Kaufmann, l'un des principaux représentants de ce courant y insiste lui aussi : la mise en œuvre n'est pas un acte passif de subsomption, mais un acte ; de ce fait le schéma sujet-objet est insuffisant à rendre compte de la relation de l'interprète du droit aux textes et aux contextes ; le droit n'est donc rien de substantiel (voir : A. Kaufmann, « Problemgeschichte der Rechtsphilosophie », in A. Kaufmann/W. Hassemer (dir.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 6<sup>ème</sup> éd., Heidelberg, C. F. Müller, coll. UTB, 1994, spé. pp. 120sq.). Voir aussi l'affirmation forte selon laquelle « le juge (ou quiconque applique la loi) est partie intégrante du processus de découverte du droit (*Rechtsfindung*) » (A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2<sup>ème</sup> éd., München, C. H. Beck, 1997, p. 89).

<sup>30</sup> D. Busse, *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*, Tübingen, Niemeyer, 1992, p. 40.

<sup>31</sup> Voir nos remarques : « Faillible droit », art. cit., p. 66.

du mot « interprétation » sépare justement la prise en compte du texte de norme de la considération des données de l'espèce et, plus généralement, du contexte pragmatique. Elle vaudrait indépendamment de ce contexte de décision dans lequel est placé l'acteur juridique. Or : « Dans l'interprétation juridique, par opposition à ce qui se passe dans l'interprétation philologique, ce n'est pas la capacité à donner une paraphrase passable du texte interprété, le critère de la compréhension 'juste' qui compte, mais la justesse (l'adaptation, l'acceptation) de l'agir qui découle de l'interprétation du texte. Cette action, c'est-à-dire la décision d'un cas concret, n'est pas mono-causale et ne peut être ramenée à la seule interprétation d'un unique texte de norme. D'une part, elle est le résultat d'un processus complexe, algorithmique, à la fin duquel elle se trouve sans qu'on puisse la décrire comme un acte unique d'interprétation. D'autre part, elle est prise dans un réseau de savoirs préalables quant à la systématique du texte et à la dogmatique du droit (et qui peut comprendre des interprétations faites à l'occasion de décisions antérieures) qui peuvent former un étroit corset pour de possibles actes d'interprétation et/ou décisions d'application, ne leur laissant qu'une marge de jeu réduite<sup>32</sup>. »

Dans ces conditions, le recours aux représentations que colporte avec lui le mot d'application, la séparation qu'il institue entre le texte « à appliquer » et le cas « d'application », masque la complexité des processus décisionnels réels qui procèdent, par étapes, à la mise en relation d'éléments textuels et d'éléments du cas, chaque mise en relation étant susceptible de rétroagir sur les résultats des étapes précédentes et modifier ainsi les conditions d'établissement des relations entre les éléments suivants. Et cette activité ne s'exerce pas comme le jeu auquel se livreraient des acteurs libres, elle se déroule dans un cadre de contraintes institutionnelles qui touchent tant aux formes et procédures qu'à une certaine « culture de l'argumentation »<sup>33</sup> dans laquelle le jeu de langage se déroule. « L'activité juridique peut donc être davantage conçue comme l'intégration, sur la base de textes, d'une situation d'espèce dans les schémas du traitement juridique de la réalité, plutôt que comme 'compréhension de texte' ou 'application de texte' comme tels<sup>34</sup>. »

L'activité du travailleur du droit n'est donc pas d'aller rechercher la signification perdue au milieu des codes et lois ; elle n'est pas non plus une libre productivité incontrôlable et arbitraire de décisions. La manière dont, aujourd'hui, l'école réaliste française décrit l'interprétation comme acte de libre volonté pour ensuite s'interroger sur les contraintes (politiques, sociales) qui canaliserait (de l'extérieur) le flot de cette libre productivité potentielle et la mettrait en ordre, cette manière démontre son insuffisance lorsque, après avoir scrupuleusement séparé, à la mode kelsénienne, l'être et le devoir-être, elle n'hésite pas à qualifier ces contraintes *de fait* (politiques, sociales) comme des « contraintes juridiques »<sup>35</sup>. Le

<sup>32</sup> D. Busse, *op. cit.*, p. 269.

<sup>33</sup> Sur ce point : R. Christensen, in : F. Müller (dir.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 198sq.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>35</sup> Titre du colloque tenu à l'initiative de M. Troper à l'Université de ParisX à l'automne 2000. Pour un état récent de la théorie réaliste défendue par cet auteur : M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in : *Dossier : Théories réalistes du droit, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n°4, 2000, p. 51sq.

paradigme de l'acteur et de l'agir juridique permet à la Théorie Structurante du Droit d'éviter cette aporie très précisément liée à ce « reste » de kelsénisme et de métaphysique dualiste (connaissance *versus* volonté). Ce serait comme si le linguiste, aujourd'hui, niait d'abord toute dimension sémantique à la langue pour ramener la signification ensuite par la fenêtre, mais en l'attribuant exclusivement à des pratiques sociales non linguistiques : il méconnaîtrait simplement que la langue est une pratique sociale et que les pratiques sociales passent par le médium de la langue. Par attachement au kelsénisme et au dogme de la distinction de l'être et du devoir-être, le réalisme reste incapable de réformer son concept de la norme et de la normativité d'un point de vue pragmatique. Or, le droit est une pratique sociale et, réciproquement, les pratiques sociales sont conditionnées par le médium juridique. De plus, le droit est une pratique sociale langagière.

Pour la Théorie Structurante du Droit, l'agir juridique est un processus (social) complexe de « sémantisation ». « L'agir juridique est une pratique sémantique »<sup>36</sup> : en le décrivant ainsi ni comme une activité « cognitive » (positivisme traditionnel), ni comme une activité purement « volitive » (réalisme), ni comme un mélange des deux (Kelsen), la Théorie Structurante du Droit, considérant le droit comme un système d'échange et de production de textes, ne peut que profiter d'un travail commun avec les conceptions linguistiques pragmatiques et notamment, plutôt qu'en faisant appel à la sémantique logique à laquelle recourent les doctrines de l'argumentation examinées plus haut, en comparant ses démarches et ses résultats à ceux de ce courant contemporain des sciences du langage qui, analysant les actes de langage, voit dans la signification des signes linguistiques non pas des « objets » conservés dans un trésor de la langue où il suffirait aux locuteurs d'aller puiser, mais le résultat, toujours provisoire, dans un contexte pratique donné, d'actions langagières. La Théorie structurante du droit, ayant remis l'acteur au centre de ses considérations, s'intéresse ainsi aux réflexions de la « sémantique pratique »<sup>37</sup>. Ce faisant elle ne considère pas que la question de la signification en droit devrait être confiée aux linguistes dont on pourrait ensuite « récupérer » les résultats. Précisément parce qu'elle n'est pas névrotiquement attachée à la pureté de sa démarche, qu'elle ne présuppose pas que sa « scientificité » soit conditionnée par une nécessaire et inaltérable « autonomie », elle pense devoir pratiquer ici l'interdisciplinarité véritable<sup>38</sup>.

\*

\* \*

<sup>36</sup> F. Müller, R. Christensen, M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, op. cit., p. 31.

<sup>37</sup> Voir, not. : F. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, op. cit., p. 377sq.

<sup>38</sup> Les résultats de cet échange sont provisoirement consignés notamment dans : F. Müller (dir.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, op. cit. ; B. Jeand'Heur, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989 ; D. Busse, *Recht als Text*, op. cit. ; D. Busse, *Juristische Semantik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993 ; F. Müller, R. Christensen, M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, op. cit. ; F. Müller, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts*, op. cit. ; *Sprache und Recht*, n° spécial de *Sprache und Literatur*, n°81, 1998. A quoi s'ajoute récemment : R. Christensen, H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

Ces quelques indications n'avaient, comme on l'a dit, d'autre objectif que d'ouvrir une perspective, d'introduire à un programme. On voudrait seulement en préciser encore l'un des enjeux. En remplaçant l'acteur, sous la figure du travailleur du droit, au centre de ses préoccupations, en insistant sur l'intime liaison entre l'agir juridique et l'agir linguistique, c'est la question du pouvoir — qui n'est pas lui non plus une grandeur qu'on pourrait hypostasier, mais qui n'existe que dans l'acte de son exercice — qui est formulée à nouveaux frais. Cette manière traditionnelle par laquelle on substantialise la norme, comme la signification préexistante des textes, cette manière a pour effet, et parfois, peut-être, pour objet de masquer le pouvoir. Elle donne l'illusion d'un gouvernement des hommes par les normes. Elle nourrit le discours de l'État de droit illusoire et de la démocratie comme simulacre: le peuple se donne des lois selon une procédure démocratique, lois que le juge appliquerait avec soumission. Tout tient dans le mythe de la loi et de la légalité. Minorant le rôle du juge, pour n'en faire qu'un simple applicateur de la loi démocratique, « le discours de la tradition, qui domine encore, est un discours de puissance qui se donne pour un discours cognitif<sup>39</sup>. » Et toute cette mythologie tient, on l'a dit, à une mythologie, à une théorie pour le moins courte du langage et de la signification. « C'est ainsi qu'un raccourci légaliste de la théorie de la démocratie rejoint un raccourci idéaliste de la théorie linguistique, les deux s'unissant pour former l'icône de l'État de droit démocratique<sup>40</sup>. »

En réintroduisant l'acteur dans le circuit où circulent les textes juridiques, la Théorie Structurante du Droit exige que soit repensée l'opacité des sujets de l'agir juridique, que congé soit pris des mythes de la transparence, qui derrière la scène d'une immédiate intelligibilité dont ils assurent le montage, masquent le jeu du pouvoir. Mais elle cherche aussi à frayer un chemin qui évite de nous abandonner à la loi du plus fort interprète à laquelle paraît nous condamner le réalisme juridique. Pour ce faire, il faut se concentrer sur la question du langage du droit qui, comme tout langage, n'est pas lui même transparent, mais fonctionne, sans sembler se préoccuper des séparations entre l'objet et le sujet, entre l'être et le devoir-être, selon des codes et des règles qui en rationalisent relativement l'usage. L'enjeu de la Théorie Structurante du Droit est donc de savoir si, prenant congé de la traditionnelle « conception légaliste de l'État de droit », il est possible de « reformuler une conception linguistique-réflexive (*sprachreflexiv*) »<sup>41</sup> de l'État de droit et de la démocratie. Il n'est pas interdit de penser que cela mérite qu'on s'y intéresse un peu.

*Institut de Recherches Carré de Malberg  
Université Robert Schuman de Strasbourg*

<sup>39</sup> F. Müller, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts*, op. cit., p. 58.

<sup>40</sup> R. Christensen, « Einleitung des Herausgebers », in: F. Müller, *Demokratie in der Defensive*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 6.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 10.