

# MICHEL TROPER ET LA « THÉORIE » GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

## ÉTAT GÉNÉRAL D'UNE THÉORIE

Pierre Brunet

*Professeur à l'Université de Rouen*

*Droits*, n°37 « Michel Troper », 2003, p. 87-110

« Ainsi surgit l'affirmation s'opposant à l'omission, ainsi durcit l'affranchi issu du contraint, ainsi s'ourdit l'imagination, ainsi du plus obscur aboutit-on au plus clair ! »

(Georges Perec, *La disparition*)

À la fin de son essai *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Uberto Scarpelli écrit : « Qui combat ou défend le positivisme juridique combat ou défend le choix politique d'une figure du juriste, de la technique juridique, d'une science (du point de vue interne) et d'une pratique du droit, de structures du droit qui sont essentiellement présents dans l'organisation politique de l'État moderne »<sup>1</sup>.

Cette affirmation convient parfaitement à Michel Troper pour deux raisons : la première est que sa défense du positivisme repose très évidemment sur un choix politique – quiconque a eu un jour l'occasion de se faire expliquer par Michel Troper lui-même les avantages qu'il y a à être positiviste en sera convaincu. La seconde raison se trouve dans ses articles, aussi bien ceux relatifs à la théorie de l'État que les autres d'ailleurs et dans lesquels il s'est toujours proposé de montrer qu'une démarche proprement positiviste était le seul moyen de décrire l'organisation effective du pouvoir.

À cet égard, il n'a jamais cessé de défendre l'idée que l'une des thèses fortes du kelsenisme – celle de l'identité de l'État et du droit – est le meilleur moyen d'expliquer le droit par le droit – ce qui, on est bel et bien contraint de le reconnaître, constitue le meilleur moyen de se préserver de tout syncrétisme. Cette thèse joue un rôle considérable chez lui car elle lui a permis de proposer ce qu'il appelle une métathéorie de l'État, c'est-à-dire une théorie descriptive des théories traditionnelles de l'État. Comme on l'aperçoit, cette métathéorie procède d'une critique aussi forte que fine de ces dernières, lesquelles, recherchant une mystérieuse nature de l'État, masquent mal les nombreux jugements de valeur des éminents auteurs qui en sont à l'origine quant à ce que l'État doit être.

Pour autant, les thèses de Michel Troper relatives à la théorie de l'État n'ont pas, à l'heure d'aujourd'hui, suscité un enthousiasme aussi vif que ses démonstrations et distinctions conceptuelles relatives à l'interprétation, à la séparation des pouvoirs ou encore, à la souveraineté<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> U. Scarpelli (1965), *Qu'est-ce que le positivisme ?*, trad. fçse C. Clavreul, Paris, Bruylant-LGDJ, 1996, p. 94.

<sup>2</sup> Ce qui recouvre, *grosso modo*, la quasi totalité des sujets qui occupent Michel Troper. On ne regrettera jamais assez qu'il n'ait pas voulu se faire, à ses moments perdus, un interprète sinon authentique du moins critique d'une doctrine constitutionnelle américaine qu'il connaît mieux que personne et dont nul ne doute qu'elle

Bien évidemment, je pourrais me contenter de vanter les mérites d'une telle démarche (dont j'ai très largement profité) mais comment rendre à César ce qui lui appartient sinon en s'efforçant de montrer (à défaut de le démontrer), que cette métathéorie souffre peut-être de quelques incertitudes et, comme Michel Troper aime si souvent le dire, n'est guère défendable car justiciable de plusieurs critiques. Cependant, il faut avant toute chose rappeler les thèses en question, rendre compte de cette métathéorie d'un État réduit tout entier à la « forme juridique », voire une métathéorie de l'État sans État, comme Kelsen aimait à parler, dans les années 20, d'une théorie de la psychologie sans psychologie.

### *1. Une métathéorie de l'État (sans État)*

Les thèses de Michel Troper sont, comme souvent, fondées sur une critique de Kelsen qu'il convient d'exposer rapidement. Selon Kelsen, l'ordre juridique étatique a « pour l'essentiel » un caractère dynamique, à quoi Michel Troper répond que l'État est un ordre juridique « à la fois » statique et dynamique. Mais, en définitive, Michel Troper conservera une thèse de Kelsen, celle de la réduction de l'État au droit.

#### *1.1. L'État est un ordre juridique à la fois dynamique et statique*

La thèse de Kelsen : l'État est un ordre juridique « principalement dynamique »

##### *L'État comme ordre juridique*

La préoccupation positiviste de Kelsen le conduit à dissoudre certains dualismes traditionnels, dont entre autres, celui du droit naturel et du droit positif, celui du concept sociologique et du concept juridique d'État ou encore celui du droit et de l'État. La cible de l'attaque qu'il mène contre ce dernier dualisme est évidemment Max Weber et derrière lui Georg Jellinek. Rien ne sert ici de reprendre le contexte précis de la discussion<sup>3</sup> et l'on se bornera à rappeler que ce que Kelsen entend démontrer est que toute sociologie de l'État présuppose nécessairement le concept juridique d'État comme ordre de contrainte « et non l'inverse »<sup>4</sup>.

Cela signifie qu'il « n'existe pas de conception sociologique d'État qui soit indépendant du concept juridique » ou encore qu'il « n'y a de concept d'État que juridique : l'État comme ordre juridique centralisé ». Bien sûr, la critique pouvait paraître sévère puisque Weber lui-même avait reconnu l'importance de l'analyse juridique. Pourtant, elle demeurait justifiée aux yeux de Kelsen car, tandis que Max Weber continuait de penser l'État comme distinct du droit, Kelsen réduisait purement et simplement l'État au droit et faisait de la théorie de l'État une branche de la théorie du droit. Kelsen tirera d'ailleurs toutes les conséquences de cette idée dans sa théorie générale du droit et de l'État ou la théorie de l'État suit la théorie du droit alors que, dans son *Allgemeine Staatslehre*, tout ce qui relève de la théorie du droit (tant les

---

éclairerait certaines problématiques classiques du droit public français (et avec elles, certains publicistes au nombre desquels je me compte).

<sup>3</sup> D'excellents éléments – certes non exhaustifs mais très largement suffisants – sont apportés par Bobbio dans son article « Max Weber et Hans Kelsen » (1981), in N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. fçse M. Guéret, Paris, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 255 s. ainsi que dans N. Bobbio, « Stato, potere e governo », in *Stato, Governo, Società. Frammenti di un dizionario politico*, Turin, Einaudi, 1985, p. 46 s., ainsi que chez A. Carrino, « Max Weber et Hans Kelsen », in C.-M. Herrera (dir.), *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 185-203 ainsi que, plus modestement, Ch. Eisenmann, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », repris ds *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. par Ch. Leben, Paris, Éditions Panthéon-Assas, p 395.

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, (1945) trad. fçse B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 237 et 242 ; v. aussi *Die Soziologische und der Juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung der Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen, JCB Mohr, 1922, p. 156.

concepts de droit objectif et subjectif, d'obligation, de personne juridique que la création de l'ordre juridique, qu'il appellera par la suite nomodynamique) est traité après la théorie de l'État.

Ainsi, avec Kelsen, la définition de l'État ne s'obtient qu'au travers d'une définition du droit. Cette définition est connue : le droit est un ordre juridique, un système de normes, mieux, un système de normes ayant pour l'essentiel un caractère dynamique<sup>5</sup>.

*Le droit comme ordre principalement dynamique*

L'importance de cette définition se mesure aux inconvénients que présentaient celles qui la précédaient.

En effet, jusqu'à Kelsen, tandis que l'État était défini, quelles que fussent les variantes, comme une forme de pouvoir, le droit était défini comme un ensemble de règles. Or, même positiviste, la définition du droit comme ensemble de règles posées par le souverain n'est pas satisfaisante, pour la bonne raison qu'elle laisse ouverte la question de savoir si les règles sont juridiques parce qu'elles sont posées par le souverain ou posées par le souverain parce qu'elles sont juridiques. Or, dans le premier cas, elles sont l'expression de la force, dans le second, on peut se passer du souverain. Autrement dit, même dans la réponse ouvertement positiviste que Hobbes lègue à la postérité, une ambiguïté demeure car l'on ne sait toujours pas comment distinguer l'ordre du bandit du commandement du souverain<sup>6</sup>.

L'apport fondamental de Kelsen consiste à avancer la thèse que, dans la définition du droit, le système prime la norme : un système n'est pas juridique parce qu'il contient des normes elles-mêmes juridiques mais une norme est juridique parce qu'elle appartient à un ordre juridique, c'est-à-dire à « un ensemble doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme système »<sup>7</sup>. Dans ces conditions, pour définir le droit, il n'est plus besoin de s'attacher aux propriétés propres à certains commandements que peuvent émettre les individus mais il faut, au contraire, s'intéresser au système lui-même, autrement dit, à ce qui fait l'unité de l'ensemble, ce qui unifie les normes entre elles, bref, on ne peut définir le système de normes qu'en étudiant son mode de création. Kelsen propose alors de distinguer deux types de systèmes ou deux principes susceptibles de conférer une unité à un ensemble : le système statique et le système dynamique. Est dit statique le système dans lequel les normes sont liées entre elles du point de vue de leur contenu, parce que la validité d'une norme peut être rapportée à une autre norme sous le fond de laquelle son propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général : telles les propositions d'un système déductif, on peut déduire les normes les unes des autres en partant d'une ou de plusieurs normes originaires et générales<sup>8</sup>. Un système sera appelé dynamique si les normes qui le composent dérivent les unes des autres par le jeu d'une succession de délégations de pouvoir ou, si l'on préfère, non à travers leur contenu mais à travers l'autorité qui les a posées. Le lien entre ces diverses

<sup>5</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1960) trad. fçse Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 261.

<sup>6</sup> La conception jusnaturaliste ne rencontre pas cette difficulté puisque sa réponse se fonde sur le caractère juste des lois.

<sup>7</sup> *Théorie générale du droit...*, *op. cit.*, p. 55 ; *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>8</sup> *Théorie générale du droit...*, *op. cit.*, p. 166 et s. et *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 258. V. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, (1962) Turin, Giappichelli, nulle éd. 1993, p. 202 donne l'exemple suivant : Hobbes pose en fondement de sa théorie du droit et de l'État la maxime *Pax est quaerenda*, et il veut entendre par là que le postulat éthique fondamental de l'homme est le besoin d'éviter la guerre et de chercher la paix ; de cette règle fondamentale, il déduit ou prétend déduire, toutes les règles principales de la conduite humaine, qu'il appelle « lois naturelles ». Il est clair alors que toutes ces lois forment un système en ce qu'elles sont déduites de la première.

normes n'est donc pas matériel mais formel. Ainsi, au système statique dans lequel les normes sont déduites les unes des autres, on opposera le système dynamique dans lequel les normes sont produites conformément les unes aux autres<sup>9</sup>.

Le problème que posent les systèmes statiques est assez simple : on ne peut penser un système statique comme unité qu'à la condition d'avoir préalablement identifié la première norme, de laquelle peuvent être déduites toutes les autres. Deux solutions sont ici envisageables, ou bien cette première norme est elle-même déduite d'une autre mais on court alors le risque d'une régression à l'infini ; ou bien on considère comme première norme celle qui est immédiatement évidente. Cette dernière solution n'est pas meilleure car l'idée d'une norme immédiatement évidente présuppose le concept d'une raison pratique. Or, c'est là un présupposé que Kelsen rejette parce que, dit-il « la raison a pour fonction la connaissance et non la volonté, or, la création de normes est un acte de volonté, de là il ne peut exister de normes immédiatement évidentes »<sup>10</sup>.

Si donc une norme est toujours posée par un acte de volonté, elle n'est jamais valide parce que déduite d'une autre norme : sa validité lui vient de ce que l'on présuppose que l'autorité qui l'a posée était habilitée à le faire, en d'autres termes, parce que l'on présuppose valide une norme selon laquelle on doit se conformer aux actes de volonté de l'autorité qui a posé la norme en question. C'est la raison pour laquelle Kelsen conclut que les ordres juridiques ont « pour l'essentiel » un caractère dynamique<sup>11</sup> : leur unité ne leur vient pas de la conformité matérielle de toutes les normes qu'ils contiennent à une norme fondamentale, mais de la conformité formelle de ces normes à une norme supérieure présupposée.

Ainsi, avec Kelsen, on peut définir le droit – et donc l'État – comme un système normatif dynamique, c'est-à-dire un système dans lequel les normes sont créées en vertu de l'autorité dont est revêtue leur auteur et non en vertu d'un acte de la raison (déduction). Le droit cesse d'être défini par ses normes mais l'est par son mode de production ; il n'est plus appréhendé comme un contenu mais comme une forme, la forme par laquelle des normes sont produites, et ces normes ne sont produites qu'à travers la relation que l'on établit entre elles. C'est pourquoi Kelsen explique que tout acte de création d'une norme est aussi un acte d'application d'une norme<sup>12</sup>.

### Critique de Kelsen : l'État est un ordre juridique « à la fois » dynamique et statique

À cette présentation, Michel Troper oppose la théorie réaliste de l'interprétation : l'erreur de Kelsen serait d'avoir séparé les actes de volonté de leur signification. Cette thèse est elle aussi désormais bien connue et l'on se permettra d'être bref.

#### *Théorie de l'interprétation*

<sup>9</sup> Serait dynamique le système qui pose à son sommet la maxime : « il faut obéir à la volonté de Dieu ». Dans ce cas l'appartenance des autres normes au système ne serait pas déterminée par leur contenu, c'est-à-dire, par le fait qu'elles établissent certaines conduites plutôt que d'autres, mais par le fait qu'en remontant d'une autorité à une autre on peut remonter à l'autorité divine.

<sup>10</sup> *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 259.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>12</sup> « La création d'une norme qui est réglée par une autre norme constitue une application de cette dernière. L'application du droit est en même temps création du droit (...) tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme inférieure », *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 315. Kelsen ajoute qu'à chaque bout de la chaîne, il y a, des cas-limites : l'acte initial est de pure création ; celui final, de pure application. Enfin, il distingue la création et application de l'obéissance au droit, ce dernier consistant en un fait : une conduite qui évite la sanction.

En effet, en définissant la norme comme la signification d'un acte de volonté qui ne se confond pas avec cet acte et en considérant que c'est l'insertion de cette norme dans le système qui lui confère son caractère de norme, Kelsen en vient à voir le système juridique comme « un ensemble de relations entre significations, qui ne sont pas significations d'autre chose, c'est-à-dire entre éléments qui n'ont pas d'existence hors de ces relations »<sup>13</sup>. Or, comment admettre que des éléments acquièrent une signification parce qu'ils sont mis en relation les uns avec les autres et, dans le même temps, que ces éléments n'existent que parce qu'ils sont reliés les uns aux autres ?

Tout en conservant la définition kelsénienne de la norme, une autre conception de l'ordre juridique semble envisageable à condition, toutefois, de modifier les termes de la relation au sein du système : on ne dira plus qu'une norme est la signification d'un acte de volonté mais qu'un acte acquiert la signification objective de norme parce qu'un autre acte la lui accorde. De telle sorte que, dans l'ordre juridique, les termes de la relation ne sont plus des normes mais des actes qui reçoivent la signification de normes.

Recevoir ou acquérir une « signification objective de norme » lorsqu'il est question d'un acte de volonté, cela veut dire, pour Kelsen, non pas posséder une signification objective *a priori* mais avoir fait l'objet d'une interprétation. Il n'est pas nécessaire ici d'expliquer que pour Kelsen l'interprétation juridique est une activité nécessaire à toute application du droit, consistant en la détermination volontaire du sens de la norme à appliquer. Kelsen reconnaît donc à l'interprète un pouvoir de vouloir : après avoir déterminé les différents sens d'une norme, l'interprète choisit parmi les sens possibles, de sorte que l'interprétation est un acte de volonté précédé d'un acte de connaissance, à la différence de l'interprétation que produit la science du droit qui ne doit comporter aucun choix<sup>14</sup>.

Mais, comme le fera remarquer Michel Troper, Kelsen emploie dans la *Théorie pure du droit* le terme « normes » sans faire la distinction entre les actes et les normes. Si interpréter consiste à déterminer la signification d'une norme et si l'on définit la norme comme la signification d'un acte de volonté, l'interprétation d'une norme consiste en la détermination de la signification d'une signification, ce qui reste fort obscur. Il faut donc distinguer entre les actes ou les énoncés d'un côté et les normes de l'autre : si les normes sont bien des significations, ce ne sont pas elles qui font l'objet d'une interprétation, mais bien les actes ou les énoncés, bref, des faits, lesquels reçoivent leur signification de norme au terme d'un choix et donc d'un acte de volonté<sup>15</sup>.

Autrement dit, dans le système juridique, un acte n'acquiert la signification de norme qu'au terme d'une interprétation dont l'auteur même de l'acte a la charge et l'objet de son interprétation ne porte pas seulement sur l'acte dont il est l'auteur : elle porte aussi sur l'acte supérieur auquel il rattache son acte et qu'il interprète. En définitive, c'est toujours l'auteur d'une norme inférieure qui confère à un autre acte de volonté sa signification de norme supérieure. Dire cela ne signifie pas que la volonté d'un individu suffit à faire d'un acte une norme : seul du droit crée du droit, or la volonté est un fait et un fait ne crée pas de droit. Non, dire que le droit naît d'une interprétation créatrice, c'est reconnaître que les normes ne sont pas créées de manière descendante mais ascendante : le droit apparaît alors comme le produit d'un processus intellectuel que l'on reconstruit en permanence.

#### *Conséquence sur la hiérarchie des normes*

<sup>13</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 173.

<sup>14</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>15</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique...*, *op. cit.*, p. 87 s.

Si les normes sont des significations d'actes de volonté et que ces mêmes actes se voient conférer une signification objective de normes au terme d'une interprétation, peut-on encore considérer que le système juridique est « pour l'essentiel » un système dynamique, c'est-à-dire un système dans lequel les normes seraient produites à partir d'autres normes et non déduites les unes des autres ? Cette thèse n'est plus défendable une fois que l'on a, comme Michel Troper, admis qu'au sein du système juridique ce sont des actes et non des normes qui constituent les termes de la relation.

Il faut donc reformuler la distinction kelsénienne entre hiérarchie statique et dynamique<sup>16</sup>. On dira que, dans un système statique, un acte acquiert sa signification de norme parce que l'auteur justifie son interprétation en termes de déduction et considère que le contenu de son acte est conforme au contenu d'un autre acte qu'il tient pour supérieur. Dans un système dynamique, un acte acquiert sa signification de norme parce que l'auteur justifie son interprétation en termes de production et considère qu'il était habilité à édicter cet acte.

Dans la mesure où, au sein des systèmes juridiques modernes, toutes les décisions sont justifiées par leur conformité à la fois formelle et matérielle aux normes supérieures, en termes de vérité et d'autorité, on est conduit à reconnaître que les systèmes juridiques modernes sont *à la fois* statiques et dynamiques. Si donc par ordre juridique on entend un système de normes hiérarchisé selon un principe à la fois statique et dynamique, et si l'État n'est lui-même que ce système de normes, on peut définir l'État comme un ordre juridique à la fois statique et dynamique.

Quels avantages en retire-t-on ?

### *1.2. Avantages de la hiérarchie dynamique et statique*

Le principal avantage de la hiérarchie dynamique et statique est qu'elle permet de sauver la thèse de l'identité de l'État et du droit. Bien évidemment, on doit aussitôt se demander pourquoi cette thèse de l'identification doit être sauvée. C'est qu'elle permet, d'une part, de penser l'État autrement, de modifier l'objet de recherche tout en parvenant à une définition axiologiquement neutre de cet objet et, d'autre part, de comprendre la spécificité de l'État moderne par rapport à toutes les autres formes d'exercice du pouvoir, soit que ces formes ne sont pas juridiques soit surtout qu'elles ne sont pas organisées de manière à la fois statique et dynamique. Cette nouvelle hiérarchie réunit donc deux avantages : l'un épistémologique, l'autre métathéorique.

#### Avantage épistémologique : l'État comme forme du pouvoir politique

Le positivisme se veut purement descriptif. Mais que décrire ? Les normes juridiques positives. Or, les normes juridiques ce sont les significations objectives que reçoivent les actes de volonté. Décrire des normes revient donc finalement moins à décrire des significations données que le mode par lequel ces significations sont produites.

C'est pourquoi Michel Troper considère que « la description de la structure de l'ordre juridique est en même temps une description de la structure du pouvoir politique (...) ; une analyse de la distribution du pouvoir »<sup>17</sup>, ce qui doit évidemment s'entendre comme une justification du positivisme comme méthode d'analyse du droit : décrire l'ensemble des actes de volonté c'est décrire l'exercice du pouvoir.

<sup>16</sup> Pour cette reconstruction, v. M. Troper, *Pour une théorie juridique...*, op. cit., p. 173-176.

<sup>17</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique...*, op. cit., p. 67.

Le terme « pouvoir » ne doit pas être pris ici au sens de « pouvoir juridique » comme Kelsen l'emploie lorsqu'il parle des droits subjectifs dans la *Théorie pure*, mais bien au sens de pouvoir politique, d'exercice de la contrainte légitime dont parlait Weber. Précisons qu'il ne s'agit pas d'une pure substitution d'expression. On gagne en clarté par rapport à la sociologie puisqu'on est désormais en mesure de souligner la spécificité de ce pouvoir politique : il ne s'exerce pas sous n'importe quelle forme. Au contraire, l'identification de l'État et du droit permet de « caractériser le droit comme une technique d'organisation du pouvoir dans lequel une autorité supérieure délègue des compétences à des autorités subordonnées tout en leur donnant des directives relatives au contenu des décisions qu'elles doivent prendre »<sup>18</sup> ou encore « l'État n'est pas autre chose que le nom que l'on donne au pouvoir politique lorsqu'il s'exerce dans une certaine forme, la forme juridique »<sup>19</sup>.

Dans ces conditions, il est évident que la critique que Kelsen adressait à la doctrine classique de l'État de droit doit être reprise et poursuivie. Michel Troper reconnaît que l'on peut appeler cet État « État de droit », pour désigner « un État qui n'agirait pas conformément à un droit supérieur, mais au moyen du droit, c'est-à-dire, dans la forme juridique (...) » mais il ajoute aussitôt que « ainsi entendu, l'État de droit est alors simplement un type d'organisation du pouvoir dans lequel existe une hiérarchie des normes »<sup>20</sup>. De ce point de vue, il contribue à l'« anéantissement radical et absolu d'une des plus efficaces idéologies de légitimité » que Kelsen avait entrepris.

Cette définition permettrait de montrer – si l'on nous permet cette formule – que, par la forme État, le pouvoir s'exerce par les normes et non par les hommes : cette forme dissimulerait la volonté des auteurs des normes sous le masque de l'interprétation fondée sur d'autres normes. Dans cette organisation dite « État », ceux qui exercent le pouvoir justifient cet exercice non pas au nom d'autres hommes mais au nom de normes plus générales posées par d'autres qu'eux et eux-mêmes habilités à le faire en vertu d'autres normes, etc. Ainsi, cette définition permettrait-elle au fond de mieux démasquer le caractère irréductiblement subjectif de toute activité de production des normes, elle présenterait l'avantage rhétorique et politique de transformer les auteurs des normes en simples interprètes d'une volonté antérieure à eux et imputable non à des êtres physiques mais à des entités insaisissables.

Il reste enfin que cette réduction de l'État au droit, à la forme juridique, ne saurait être entendue en un sens axiologique : cette réduction ne vise pas à justifier une forme particulière d'exercice du pouvoir et encore moins à fonder des appréciations politiques quant à la légitimité de cette forme.

En aucun cas donc, il ne faudrait sombrer dans l'illusion des hommes du XVIII<sup>e</sup> qui pensaient naïvement que, de la seule existence d'une hiérarchie des normes ou encore d'une séparation des pouvoirs, on pourrait produire de « bonnes » lois, des lois « modérées »<sup>21</sup>. Le positivisme préserve de cet optimisme naïf puisque, raisonnant d'un point de vue strictement formel, il ne

<sup>18</sup> *La théorie de l'État, le Droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 261.

<sup>19</sup> *Pour une théorie juridique...*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>20</sup> *La théorie de l'État...*, *op. cit.*, p. 275

<sup>21</sup> « S'il existe une hiérarchie des normes, c'est-à-dire si les commandements des autorités sont faits en application d'une loi préalable et si le législateur ne peut appliquer lui-même la loi et la modifier pour la rendre plus sévère ou plus indulgente au gré des circonstances et de ses caprices, en d'autres termes, s'il existe une séparation des pouvoirs, alors ce législateur, ignorant des cas concrets auxquels elle sera appliquée, n'énoncera que des lois générales et abstraites. Certains soutiennent même, avec quelque optimisme, que la loi sera modérée, parce que ceux qui la font savent qu'elle peut leur être appliquée et qu'ils ne voudront pas être soumis à une loi oppressive » (*La théorie de l'État, le Droit, l'État*, *op. cit.*, p. 276).

peut se lancer dans des jugements de valeur à l'égard des vertus axiologiques de telle ou telle forme.

Et pourtant, on peut se demander si Michel Troper lui-même ne cède pas à cet optimisme. On pense bien sûr à son compte-rendu du livre de Martin Broszat, *l'État hitlérien* qui, selon lui, vérifie l'hypothèse d'une relation entre la forme du système juridique et les décisions prises. Il reconnaît alors que la thèse de l'identité de l'État et du droit a ce mérite de montrer « qu'il existe une relation entre la forme du pouvoir et le contenu des décisions qui sont prises » et que, ajoute-t-il, « un régime qui n'est pas un État, un pouvoir qui ne s'exerce pas en forme juridique, produit, *en raison même de sa forme*, des décisions de caractère oppressif »<sup>22</sup>.

L'autre avantage est d'ordre métathéorique.

### Avantage métathéorique : l'explication de la théorie de l'État par l'État

Pourquoi « métathéorique » ? Parce que si l'on considère la théorie de l'État telle qu'elle nous est proposée par les théoriciens de l'État de la fin du XIX<sup>e</sup> ou du début du XX<sup>e</sup> siècle, on se rend compte que l'État y était conçu comme un objet distinct du droit de sorte que les théoriciens de l'État en venaient à décrire ses attributs au travers des différentes théories qui s'y rattachaient, comme si ces théories décrivaient elles-mêmes divers aspects de cet objet.

Or, la thèse de l'identité du droit et de l'État, ce dernier entendu comme une hiérarchie dynamique et statique, permettrait donc de comprendre que les théories de l'État que croyait décrire la théorie classique sont en réalité constitutives de l'État, ce qui « signifie deux choses : qu'elles sont des produits de la structure même du système juridique ; qu'elles sont nécessaires au fonctionnement de ce système »<sup>23</sup>. En effet, si l'État n'est rien d'autre qu'un système juridique hiérarchisé selon les principes que l'on connaît, les théories qui s'y rapportent (souveraineté, représentation, séparation des pouvoirs, etc.) ne décrivent elles-mêmes rien mais servent à justifier le système juridique lui-même<sup>24</sup> (et ce qui vaut pour les théories vaut également pour les concepts de personnalité juridique, droits subjectifs, etc.)

La « dyna-stat », en tant que métathéorie descriptive, permet donc selon Michel Troper de comprendre beaucoup de choses : la formation historique des théories de l'État et leur caractère constitutif de l'État ainsi que la forme spécifique du raisonnement des juristes modernes, la dogmatique juridique (elle permet de comprendre d'où vient cette dogmatique, cette forme de raisonnement spécifiquement juridique) : « si l'on réserve le terme de droit aux systèmes statiques et dynamiques, alors la thèse de l'identité prend toute sa signification : seul le droit moderne est un État. En effet, c'est précisément vers le XVII<sup>e</sup> siècle, au moment où le droit moderne acquiert sa structure, c'est-à-dire au moment où il existe un droit au sens qu'on a donné à ce mot, où par conséquent existe un État au sens kelsénien, que les historiens fixent

<sup>22</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique...*, op. cit., p.181. Je souligne.

<sup>23</sup> *La théorie de l'État, le Droit, l'État*, p. 288.

<sup>24</sup> Ainsi, par exemple, « la théorie de la souveraineté n'est pas autre chose que l'affirmation de la hiérarchie dynamique et statique. Dynamique, parce que chacune des autorités compétentes pour poser des normes tient ce pouvoir d'une habilitation conférée par une norme supérieure et qu'il faut bien que l'autorité capable de poser la norme la plus élevée, qui n'est elle-même par hypothèse habilitée par aucune norme supérieure, puisqu'il n'en existe pas, apparaisse dotée d'une qualité spéciale. Mais aussi statique parce que c'est seulement lorsque les normes inférieures sont déduites immédiatement du contenu des normes positives supérieures et non plus du droit naturel qu'il faut justifier le pouvoir de poser les normes les plus élevées, celles qui ne sont déduites d'aucune autre norme positive. C'est en effet au moment où se forme un ordre juridique qu'apparaissent aussi les théories de la souveraineté liées à la naissance de la loi moderne. C'est d'ailleurs ce qui explique que ces théories soient aussi profondément différentes des théories de la souveraineté du Moyen-Âge » (*La théorie de l'État, le Droit, l'État*, p. 262).

la naissance de l'État moderne. C'est à ce moment aussi qu'apparaissent les théories de l'État et de la souveraineté et mêmes les termes correspondants »<sup>25</sup>.

Ces deux avantages de la hiérarchie dynamique et statique sont toutefois contestables. Dans les deux cas, je pense que Michel Troper se rend coupable de préférer la logique à la rétrodiction ce qui s'explique par un trop grand attachement à l'empirisme logique.

## 2. État général d'une théorie

On connaît le goût prononcé de Michel Troper pour la logique et l'Histoire. Or, il arrive que parfois, des deux, la première l'emporte sur la seconde et que les lois logiques se substituent à des explications historiques. C'est du moins ce qu'on voudrait montrer.

### 2.1. La rétrodiction et la logique

Cherchant à expliquer en quoi l'Histoire n'est pas une science, Paul Veyne explique : « l'historien n'a directement accès qu'à une proportion infime [du] concret, celle que lui livrent les documents dont il a pu disposer ; pour tout le reste, il lui faut boucher les trous. Ce remplissage se fait consciemment pour une très faible part, qui est la part des théories et des hypothèses ; pour une part immense, il se fait inconsciemment parce qu'il va de soi (...) La synthèse historique n'est pas autre chose que cette opération de remplissage ; nous l'appellerons rétrodiction. (...) Les problèmes de rétrodiction sont des problèmes de probabilité des causes ou, pour mieux dire, de probabilité des hypothèses : un événement étant déjà arrivé, quelle est la bonne explication ? »<sup>26</sup>.

La rétrodiction est donc la recherche empirique et tâtonnante de l'explication la plus vraisemblable. Elle s'oppose aux explications qui cherchent à subsumer des événements sous des lois et qui croient possibles d'expliquer, par des lois, les actes des divers personnages du drame historique. Bref, la rétrodiction refuse les explications qui fonctionnent en système fermé sinon en vase clos.

Or, il arrive parfois que Michel Troper ne résiste pas à la tentation d'enfermer l'explication dans un vase clos en préférant la logique à la rétrodiction. Parce qu'il est plus aisé de procéder à l'aide d'illustrations, revenons rapidement sur le compte-rendu du livre de Broszat. Cette thèse a prêté à plusieurs commentaires. Je voudrais ici non pas la critiquer en tant que telle, ni non plus la justifier mais tenter d'expliquer pourquoi Michel Troper l'a soutenue.

Que nous dit Broszat ? Que la forme dans laquelle le pouvoir nazi s'exerçait – « une jungle institutionnelle ou organisationnelle » où proliféraient « les pouvoirs spéciaux » et « les arrangements légaux particuliers » – favorisait une concurrence et une lutte de plus en plus vive « pour obtenir protections et avantages ». Cette situation entraîna « un déclin toujours plus visible du règne de la raison en matière de décision politique et de la répartition des activités ». Ainsi, contrairement à la vision reçue qui veut que la violence nazie ait correspondu à une concentration du pouvoir, cette violence s'inscrit « plutôt dans un contexte de division du pouvoir, où l'autorité centrale [est] de plus en plus atomisée en une série de pouvoirs autonomes échappant à toute coordination globale et à tout fonctionnement régulier ». De sorte que, continue Broszat : « la destruction de l'unité de l'ordre bureaucratique de l'État, l'absence de forme et l'arbitraire grandissant des processus

<sup>25</sup> *La théorie de l'État, le Droit, l'État*, p. 288. Michel Troper est parfois beaucoup plus sûr de lui qui écrit que c'est « à partir du XVII<sup>e</sup> s. et en Europe » (*Ibid.*, p. 261).

<sup>26</sup> P. Veyne, *Comment on écrit l'Histoire*, Paris, Seuil, 1971, rééd. texte intégral, 1996, chap. VIII, p. 194 s.

législatifs, de décision et de transmission des décisions jouèrent dans le mécanisme global de radicalisation, un rôle équivalent à celui joué par la détermination d'objectifs idéologiques »<sup>27</sup>.

Cela permet-il d'en induire une loi générale selon laquelle il existe une relation entre la forme d'exercice du pouvoir et le fond des décisions prises, relation telle que, lorsque la forme est atomisée ou absolument déconcentrée, les décisions sont oppressives ?

Toute la question réside dans la nature de cette relation ? Est-ce une relation (par ordre alphabétique) d'analogie, d'appartenance, de causalité, de coexistence, de correspondance, d'équivalence, d'identité, d'imputation, d'inférence, d'opposition ? Michel Troper ne nous le dit pas, mais parce que l'on connaît son goût pour les déterminismes, tout laisse à penser qu'il s'agit bel et bien d'une relation de causalité<sup>28</sup>. Voilà la thèse : la forme des décisions expliquerait leur fond.

Mais cette explication globale qui se cacherait derrière le cas singulier de la violence nazie est moins « fausse que peu instructive » comme le dirait Veyne<sup>29</sup>, parce qu'elle n'explique pas ce qu'il faut précisément expliquer : que l'atomisation, l'absence de coordination entre autorités étatiques (disons, gouvernementales) ne permet jamais de prendre des décisions douces. Or, si l'on peut parfaitement comprendre que cette même atomisation conduise à des décisions contradictoires et aléatoires, autrement dit arbitraires – c'en est même le quasi-synonyme –, encore faudrait-il parvenir à expliquer pourquoi l'arbitraire conduit nécessairement à la violence. Parce que les hommes « sont méchants » (Machiavel) ? Parce que les « les hommes n'ont aucun plaisir (mais au contraire, beaucoup de déplaisir) à être ensemble là où n'existe pas de pouvoir capable de les dominer tous par la peur » (Hobbes)<sup>30</sup> ? Quoi qu'il en soit, cela ne nous explique pas la spécificité de la violence nazie et ce qui demeure finalement le plus étonnant est que le système d'extermination ait continué à fonctionner alors même que les luttes de clan auraient tout aussi bien pu conduire à son auto-destruction<sup>31</sup>.

Ainsi, lorsque Michel Troper relie les deux faits que lui montre Broszat, à savoir la désorganisation ou la disparition de ce que Kelsen aurait appelé « un certain degré de centralisation » de l'appareil d'État nazi et la violence des décisions prises, il fait plus que rechercher une explication historique vraisemblable, il raisonne en termes de loi logique. Cette démarche est-elle critiquable ? Oui, parce qu'elle substitue une « causalité scientifique » à une « causalité sublunaire », elle substitue la loi à des tendances lesquelles comportent tant de variations que l'on doit toujours les envisager comme précaires – précarité que Michel

<sup>27</sup> M. Broszat, *L'État hitlérien. L'origine et l'évolution des structures du troisième Reich*, (1970) trad. fçse P. Moreau, Paris, Fayard, 1985, p. 512-513.

<sup>28</sup> On retrouve ici l'idée que Michel Troper a toujours prêtée aux Révolutionnaires et qu'il voit chez Montesquieu pour qui, d'après lui, une constitution est pensée comme un mécanisme, une forme, « une organisation qui détermine des comportements auxquels les gouvernants ne pourront pas se soustraire ». Ce modèle mécaniste, on le sait, s'oppose au modèle normatif, pour lequel la constitution est obligatoire (*La théorie de l'État, le Droit, l'État*, p. 153 s.).

<sup>29</sup> P. Veyne, *op. cit.*, p. 217.

<sup>30</sup> « Car tout homme escompte que son compagnon l'estime au niveau où il se place lui-même, et, au moindre signe de mépris ou de sous-estimation, il s'efforce, pour autant qu'il l'ose (ce qui est largement suffisant pour faire que ceux qui n'ont pas de pouvoir commun qui les garde en paix se détruisent l'un l'autre), d'arracher une plus haute valeur à ceux qui le méprisent, en leur nuisant, et aux autres, par l'exemple. », Hobbes, *Léviathan*, Chap. XIII.

<sup>31</sup> Cela étant, fausse, l'explication l'est partiellement : ne faut-il présumer un goût pour, sinon un entraînement à la violence pour que la concurrence ne joue qu'en faveur de l'oppression ? Au risque d'exagérer voire d'agacer, remarquons que si l'apologie de la raison technocratique moderne qui semble tapie derrière l'affirmation est, dans son intention, plus que louable, elle tombe sous le coup de cette autre « loi » selon laquelle on ne fait pas de bonne analyse avec de belles intentions.

Troper cherche à abolir au risque de camper sur des certitudes en définitive « peu instructives ».

Cela étant, je n'ai raisonné que sur un exemple et, dès lors, je prête le flanc à la critique que j'essaie de formuler. Mais avant de conceptualiser, que l'on nous autorise un autre exemple.

Pensons à ce qu'écrit notre auteur du pouvoir judiciaire sous la Révolution et de l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des litiges administratifs. On connaît la thèse et il est à peine besoin de la résumer : la raison pour laquelle, sous la Révolution, les juges ne se voient pas confier les litiges administratifs tient à la conception du jugement que se font les Révolutionnaires. C'est également cette même conception qui explique que l'on ait eu recours au référé législatif.

À l'appui de sa thèse selon laquelle le jugement est conçu comme un syllogisme, Michel Troper peut fournir de nombreux exemples textuels, de Montesquieu à Duport en passant par Clermont-Tonnerre et Cazalès. Il reste que l'on pourrait aussi en fournir d'autres en sens exactement inverse<sup>32</sup>. En définitive, que voit-on ? Qu'il est hâtif de conclure que « la » conception révolutionnaire du jugement judiciaire explique ou détermine telle ou telle organisation du contentieux. Qu'est-ce à dire ? Que cette conception syllogistique du jugement, qui peut certes se vêtir de l'autorité de Montesquieu, n'est elle-même que le fruit d'un certain calcul politique comme l'est tout autant celle inverse. Autrement dit, le système n'est pas fermé : ce n'est pas le syllogisme qui produit la répartition du contentieux mais c'est, plus largement, un jeu de facteurs multiples qui conduit les Révolutionnaires à affirmer la nécessité de faire prévaloir cette conception du jugement pour justifier la soumission des juges à la loi et le refus de les voir se comporter en « représentants »<sup>33</sup>. Or, là encore, à vouloir ne retenir comme explication historique que des déterminismes juridiques, Michel Troper verse dans le « juridicisme » qu'il a dénoncé ailleurs.

Si l'on voulait ajouter un exemple, il conviendrait de se pencher sur le veto du roi en 1791 – reconnaissons que s'il est une thèse qui a su convaincre les juristes, à défaut de convaincre « les » historiens<sup>34</sup>, c'est bien celle-là. Or, là aussi des réserves peuvent être émises qui ont à

<sup>32</sup> Voyez Barnave, Séance du 6 mai 1790, *Archives Parlementaires*, t.15, p. 410 : « La décision d'un juge n'est qu'un jugement particulier comme les lois sont un jugement général, l'un et l'autre sont l'ouvrage de l'opinion et de la pensée et non une action ou une exécution » ou Roederer, *ibid.* p. 416 : « La nature du pouvoir judiciaire justifie l'opinion de Montesquieu et les anciens usages de la monarchie. Le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'appliquer les lois est le plus voisin du pouvoir de les faire : il y touche de si près qu'il ne peut jamais être aliéné par le peuple. » « (...) Ainsi, la nécessité de tenir le pouvoir législatif séparé du pouvoir exécutif obligerait à séparer le pouvoir judiciaire de ce pouvoir exécutif, quand même il n'en différerait pas essentiellement. » On pourrait ajouter que, même chez les défenseurs du caractère strictement exécutif du « pouvoir » judiciaire, le syllogisme n'est pas si simplement mécanique : « le pouvoir judiciaire, ce que l'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale, à un fait particulier : ce n'est donc, en dernière analyse, que l'exécution de la loi ; mais cette exécution a cela de particulier qu'elle est précédée d'une consultation, d'un examen qui embrasse et la loi et le fait » (Clermont-Tonnerre, *Ibid.*, p. 425). D'où d'ailleurs la question des jurés dans le procès civil et pénal.

<sup>33</sup> Voyez Barnave, 5 juillet 1790, *Archives Parlementaires*, t.16, p. 701 s. et *Moniteur Universel*, t.5, p. 48. Ce dernier n'éprouve aucune difficulté à défendre deux conceptions fort différentes du jugement à quelques mois d'intervalle. On doit d'ailleurs s'interroger sur cette facilité qui n'est pas propre à Barnave. On ne peut exclure que cela tienne au manque de fidélité des reconstructions des débats. Mais on ne peut pas non plus refuser l'hypothèse que les constituants assumaient eux-mêmes implicitement qu'il y avait place pour beaucoup d'opportunité dans ces domaines.

<sup>34</sup> On pense évidemment à P. Gueniffey, « Terminer la Révolution : Barnave et la révision de la Constitution (août 1791) », in F. Furet et M. Ozouf (dir.), *Terminer la Révolution. Mounier et Barnave dans la Révolution française*, Colloque de Vizille, 1988, Grenoble, PUG, 1990, p. 147-170, not. p. 153 ; R. Halévi, « Les Feuillants », in *Ibid.*, (171-180) et du même, v° Feuillants, in F. Furet et M. Ozouf (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1992, vol. *Acteurs*, p. 341-353 ; et plus récemment, L. Boroumand,

voir avec notre sujet : tout le raisonnement de Michel Troper semble dicté par l'idée qu'il est parfaitement possible de rendre compte de la signification objective des actions historiques, de ce que les hommes ont « réellement » fait<sup>35</sup>. Rappelons rapidement l'enjeu : le veto du roi est-il de nature législative ou exécutive, autrement dit, le roi participe-t-il à la fonction législative par son veto ou bien n'est-ce qu'une prérogative relevant de l'exécutif et confiée pour la forme ? Tandis que Carré de Malberg soutenait la seconde thèse, Michel Troper a défendu la première. Mais ici, la question est d'ordre épistémologique : comment rendre compte de la nature de ce veto : en s'en remettant aux discours ou bien en tentant de les dépasser ? Selon Michel Troper, plutôt que de se référer aux discours – tous contradictoires –, on peut identifier la nature du veto du roi à l'aide d'une théorie « correcte » de l'acte juridique forgée à partir de Kelsen et d'Eisenmann, de laquelle il ressort que le veto est un acte législatif<sup>36</sup>.

Or, on doit d'abord et en passant reconnaître que bien qu'il affirme pouvoir se passer des discours, Michel Troper ne fut sans doute pas mécontent de tomber sur celui que Barnave prononça le 10 août 1791<sup>37</sup>. On doit ensuite soulever une objection qu'il ne semble pas envisager<sup>38</sup>. Si l'on utilise la théorie du co-auteur pour rendre compte de la signification du veto ; la signification que l'on en donne est donc le fruit d'une théorie et une théorie est toujours le fruit d'un choix. Et pourtant, Michel Troper affirme que cette signification est « objective ». Cela veut dire « en droit ». Mais si cette réponse de juriste satisfait le juriste (il peut classer le veto dans une classe connue et non en créer une qui serait mixte ou nouvelle), elle n'a aucune pertinence pour l'historien. Ce n'est pas grave répondra Michel Troper puisque l'explication ne se veut ni historique ni psychologique. Mais alors qu'explique-t-elle ? La signification objective d'acte. Ce faisant on élève la signification juridique au rang des catégories autonomes de la pensée et, de même que les historiens rendent compte de significations historiques, le juriste rendrait compte des significations juridiques. Mais la

---

*La guerre des principes. Les assemblées révolutionnaires face aux droits de l'homme et à la souveraineté de la nation (mai 1789-juillet 1794)*, préf. de M. Ozouf, Paris, EHESS, 1999, not. p. 94-106. Les auteurs convoqués sont notamment Clermont-Tonnerre et Carré de Malberg. Pour le premier, v. son *Analyse raisonnée de la Constitution française*, Paris, Migneret, 1791, p. 220 et p. 393 ; pour le second, v. *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, rééd. CNRS, 1962, 2 vol., t. 1, p. 399-400 et t. 2, p. 65.

<sup>35</sup> V. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, 2<sup>e</sup> éd. 1980, p. 141 s. et *La théorie de l'État...*, p. 51 s. et spéc. p. 63 s.

<sup>36</sup> Selon cette théorie, le co-auteur d'un acte est celui dont le consentement est exigé pour l'édition de cet acte : il ne peut à lui seul édicter cet acte mais en même temps, sa participation est un complément déterminant de la volonté d'un autre individu. Autrement dit, deux individus seront qualifiés de co-auteurs d'un acte s'ils forment à eux deux un seul et même organe auquel sera attribuée une seule et même volonté laquelle se voit conférer une seule et même signification. Reconnaissons au passage que cette théorie est parfois bien difficile à trouver telle quelle chez Eisenmann voire Kelsen lui-même. On peut même se demander si elle ne consiste pas tout simplement en cet argument d'Eisenmann selon lequel « une faculté d'assentiment est en même temps une faculté de dissentiment » (Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 2 vol., 1983, t. 2, Année 1956-1957, « Les actes juridiques du droit administratif », p. 377 et p. 382). V. aussi H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 320 : « Le chef du pouvoir exécutif exerce une fonction du pouvoir législatif lorsqu'il a le droit d'opposer son veto pour empêcher qu'une norme adoptée par l'organe législatif ne devienne une loi, ou lorsque la norme ne peut acquérir force de loi à moins d'avoir été approuvée par lui au préalable ».

<sup>37</sup> Quoique l'on doive souligner, également, à quel point le choix de Barnave est piquant dans la mesure où celui-ci mit fort longtemps à se ranger à cette conception du veto et s'en défendit après la Révolution. Sur ce (minuscule) point, v. P. Brunet, *Le concept de représentation et la théorie de l'État*, Th. Paris X, 1997, (et LGDJ, à paraître) p. 328-332 et « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales Historiques de la Révolution française*, « La Révolution française et le droit », n°2, 2002, p. 27-45, spéc. p. 42 s.

<sup>38</sup> Mais peut-être est-ce l'objection de Furet ? Privé de sa réponse aux *Annales ESC*, par la force de l'éloignement, il se peut tout à fait que je reprenne ici moins bien ce qu'il avait su mieux démontrer là.

différence est que le premier reste dans le domaine du relatif tandis que le second ne propose rien de moins que le domaine de l'objectif. Pour moi cela s'appelle du juridicisme : prétendre rendre compte du droit pour lui-même et par lui-même.

Sans doute Michel Troper a-t-il senti passer sur lui le vent de cette objection et l'on peut d'ailleurs comprendre ainsi les raisons de son intérêt pour la notion de « contraintes » (terme qui figure déjà, faut-il le préciser, dans son article si important sur la supra légalité, voyez la fin). Mais la théorie des contraintes est elle-même toute entière faite de cela. Est-ce un problème ? Non tant que l'on reste conscient que les contraintes sont purement argumentatives et le fruit des seules règles d'ordre logique : on ne peut logiquement dire une chose et son contraire, donc on ne peut à la fois dire que le veto est un acte de volonté et un acte d'exécution lorsque l'on a préalablement admis que l'un détermine l'existence de l'autre. Mais Michel Troper va plus loin : il voudrait que ces contraintes soient de l'ordre d'une logique non pas ordinaire mais spécifiquement juridique. Le droit aurait sa logique, comme le cœur a ses raisons. Ce qui le conduit à soutenir que le veto est nécessairement un acte de la volonté parce que le roi est un auteur de la loi en vertu d'une théorie de l'acte. Mais cette théorie n'a aucune importance pour expliquer la nature du veto et l'on peut très bien s'en passer. Il suffit de se reporter à Mirabeau qui avait très bien compris dès le début des débats que le veto était une compétence législative. Pourquoi ? Non pas en vertu d'une théorie de l'acte mais en vertu d'une simple cohérence argumentative : « Appelé par son institution même à être tout à la fois l'exécuteur de la loi et le protecteur du peuple, le monarque pourrait être forcé de tourner contre le peuple la force publique, si son intervention n'était pas requise pour compléter les actes de la législation, en les déclarant conformes à la volonté générale. (...) Ce n'est donc point pour son avantage particulier que le monarque intervient dans la législation, mais pour l'intérêt même du peuple... »<sup>39</sup>. Comme on le voit, c'est moins une théorie de l'auteur qu'une question de cohérence interne à la démarche des révolutionnaires. Ces derniers se demandent toujours d'où découle telle compétence reconnue à tel organe. Or, le veto ne découle pas d'une exécution quelconque. Sauf à admettre que l'on puisse exécuter la volonté de la nation en se passant de ses représentants élus (ce qui conduirait à une argumentation trop complexe). En définitive, le roi se verra donc reconnaître la qualité de représentant en vertu de son veto.

En d'autres termes, ce que je veux seulement dire est que si Michel Troper a évidemment raison sur le fond (le veto est un acte de volonté) il parvient à ce point par une démonstration ou un argument qui donne l'illusion d'une authentique logique juridique alors qu'il n'y a que de la logique ordinaire. Cette thèse ne s'explique que par le noble souci épistémologique qu'il a de faire de la science du droit une authentique science : celle qui peut opposer aux acteurs ce qu'ils ont réellement fait sans le savoir. Il reste que, opposer aux acteurs ce qu'ils ont réellement fait, quand ce réel découle de la théorie « correcte » adoptée revient à présupposer que la théorie que l'on a ainsi qualifiée est réelle et donc vraie. Or, quelles sont les conditions de vérité de cette dernière ? Au mieux, nous ne les connaissons pas ; au pire, elles se trouvent dans la démonstration même pour laquelle elle est utilisée. Ce qui est évidemment circulaire. Sans être fausse, l'explication est peu instructive comme l'est la recherche d'une signification « objective » pour des discours qui n'entendent évidemment pas relever de la science du droit, science dont on finit par se demander si elle n'est pas condamnée au solipsisme.

Enfin, cette circularité est presque à son comble avec la théorie réaliste de l'interprétation. On n'en dira jamais assez les mérites ne serait-ce que parce qu'elle est venue, à point nommé, souffler un vent nouveau sur un discours doctrinal qui en avait grand besoin. Il demeure qu'elle « n'explique rien ». À peine démontre-t-elle ce qu'elle entend justement démontrer, à

<sup>39</sup> Mirabeau, Séance du 1<sup>er</sup> septembre 1789, *Archives parlementaires*, t. 8, p. 538.

savoir que toute activité de jugement conduit inévitablement à interpréter des énoncés et que cette interprétation conduit objectivement à créer des normes étant donné qu'il n'existe pas une signification objective de ces énoncés. S'il est bien entendu que l'organe d'application est objectivement libre de choisir la signification qui lui semble la meilleure, il demeure qu'en réalité deux idées doivent être distinguées. Selon la première, parce qu'il n'existe pas de signification objective des énoncés, toutes les significations d'un énoncé ont la même valeur sémantique ; selon la seconde, l'organe d'application est libre de choisir la signification qui lui semble la meilleure<sup>40</sup>.

Or, on peut parfaitement démontrer la seconde idée indépendamment de l'indétermination du langage car elle ne porte que sur la question de savoir, pour parler comme Humpty-Dumpty, « qui est le maître ? ». Même s'il existait une signification objective des énoncés, le maître – s'il est maître – dispose par définition du pouvoir de les changer. Inversement, on peut parfaitement s'en tenir à la première idée sans admettre la seconde : qu'il n'existe pas de signification objective ne conduit pas nécessairement à reconnaître que l'organe d'application « est » libre de choisir n'importe laquelle en se fondant sur sa seule volonté. Pour cela, encore faut-il démontrer que le droit ne l'oblige effectivement pas à se conformer à une signification donnée par un autre organe ou que, dans les faits, et indépendamment des normes existantes, l'organe d'application a le pouvoir de choisir la norme qui lui semble la meilleure. D'où une question : pourquoi la théorie réaliste de l'interprétation se sent-elle autorisée à lier les deux idées l'une à l'autre ? Sur quoi se fonde cette articulation ? Un fait empirique ? Une vérité d'évidence ? Une nécessité logique ? Sur le présupposé suivant : s'il est impossible de démontrer qu'une signification est objective, alors déterminer la signification d'un énoncé c'est nécessairement choisir parmi plusieurs toutes égales. Or, au risque de paraître mesquin, le présupposé n'est rien d'autre qu'une pétition de principe.

Autrement dit et de façon plus générale, que nous importe de savoir que les juges créent du droit *parce que* la science juridique peut nous démontrer que *toute* activité d'interprétation est juridiquement une activité de création *alors même* que nous pouvons constater tous les jours que certaines décisions ne surprennent personne tandis que d'autres produisent des réactions démesurées. Or, que veut-on expliquer ? La création du droit par les juges en général ou la création de telle norme par tel juge à tel moment précis et dans telles conditions ? Ce sont finalement les différentes significations que les juges eux-mêmes produisent à partir du terme « interprétation », car ils ne cessent d'employer le mot sans que l'on sache ce qu'il dissimule<sup>41</sup>, qui mériteraient une analyse conceptuelle aussi fines que celles dont Michel Troper a le secret.

Mais en quoi tout cela concerne sa théorie de l'État ? J'y viens.

## 2.2. L'empirisme logique

---

<sup>40</sup> V. aussi M. Losano, « Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1968, p. 524 not. p. 537 s. ainsi que « Per un'analisi del "Sollen" in Hans Kelsen », *RIFD*, 1967, p. 546-568.

<sup>41</sup> On pense, c'est un exemple parmi d'autres, à la jurisprudence administrative en matière de circulaire...

Ce qui lui permet de céder à la tentation de la logique plutôt que de s'en tenir à la rétrodiction, c'est l'idée qu'il se fait de ce que l'empirisme logique autorise.

L'un des arguments et point de départ préférés dans nombre de démonstrations de Michel Troper consiste à affirmer que « les termes du langage juridique n'ont d'autre référence que des concepts nécessaires ou simplement utiles au fonctionnement du système juridique »<sup>42</sup>.

Cette thèse constitue un des dogmes du positivisme juridique, on la retrouve (sans remonter plus loin) excellemment exposée chez Bentham et elle sera reprise tant par Hart que par les réalistes scandinaves dont Ross tout particulièrement<sup>43</sup>. Tous se sont penchés sur la méthode de définitions des concepts juridiques. Or, la conclusion à laquelle ils parvenaient était simple : les termes du langage juridique ne peuvent être définis selon la méthode traditionnelle *per genus et differentiam* puisqu'ils ne renvoient à rien de réel. La seule méthode pertinente consiste donc à étudier le fonctionnement des termes du langage juridique en s'intéressant aux énoncés dans lesquels ils figurent plutôt que des les examiner en dehors de ces énoncés<sup>44</sup>. Cela conduit donc à examiner les conditions dans lesquelles les organes juridiques – au premier rang, les juges mais pas nécessairement – utilisent tel ou tel terme et quel régime juridique ils lui réservent. Autrement dit, et pour simplifier à l'extrême, contrairement à ce que les juristes enseignent à l'Université, la notion de « contrat » (ou celle de « responsabilité ») ne précède pas son régime : elle en découle. C'est le régime juridique qui « produit » la notion. Ainsi, on peut effectivement expliquer le droit par le droit et non par les *a priori* de chacun sur ce qu'il serait bon que tel terme désignât effectivement dans la réalité.

Or, lorsque Michel Troper raisonne en affirmant que le système juridique organisé selon une certaine forme « produit » des théories, je crains qu'il ne raisonne par analogie avec cette idée que les concepts juridiques découlent de leur régime ou sont produits par les normes qui s'y réfèrent et que, séduit par les charmes de cette analogie, il n'aille jusqu'à considérer qu'il est à peine besoin de démontrer que les théories de l'État sont réellement produites par le concept d'État qu'il propose. Pourtant, la question qui se pose, face à toute analogie, est bien de savoir si effectivement les choses se passent ainsi : l'analogie n'est pas l'identité. Alors : les choses se passent-elles ainsi ? Personnellement je n'en suis pas sûr même si je ne rêve que de cela, trop conscient de ce que les affirmations non démontrées de Michel Troper sont pleines de promesses.

Ce qui a peut-être induit Michel Troper en erreur c'est l'usage qu'il fait du terme « théorie » lorsqu'il propose, comme il le dit, « d'expliquer la théorie de l'État par l'État ».

Lorsqu'on parle de « la théorie de l'État », le terme « théorie » se réfère traditionnellement aux travaux d'éminents juristes recueillis dans de fort beaux et fort gros volumes (et auxquels,

<sup>42</sup> *Pour une théorie juridique...*, *op. cit.*, p. 195

<sup>43</sup> Pour ce dernier, v. « Tû-Tû », trad. fçse E. Millard et E. Matzner, *Enquête*, 7, 1998, pp. 263-279 (trad. d'une autre version de ce texte par les mêmes traducteurs dans A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique*, Textes réunis par E. Millard, LGDJ, à paraître en 2003) et A. Ross, « Sur les concepts d'Etat et d'organes d'Etat », *Droits*, n°23, 1996, pp. 131-144 (nvelle trad. in A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique*). Sur cette question, on me permettra de renvoyer à mon article, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit & Société*, n°50, 2002 p. 19-28. Pour Hart, v. « Definition and Theory in Jurisprudence » (1954), repris in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 21-48 et *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982. V. aussi U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, Istituto Cisalpino, 1959, et *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, rééd. A. Pintore, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>44</sup> Cette thèse n'a rien à voir avec l'idée d'une cohérence interne au droit mais repose sur celle de l'autonomie du discours juridique par rapport au discours sociologique ou moral. L'autonomie n'est pas non plus prise au sens moral comme chez C. S. Nino, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, réimp. 2000.

pourrait-on ajouter, les étudiants d'aujourd'hui ont substitué les recueils de jurisprudence du Conseil constitutionnel). En adoptant cette acception, l'explication à laquelle on pourrait se livrer viserait à montrer que le droit lui-même – le système de normes – permettrait d'éclairer ou de comprendre le discours des juristes. Il y aurait fort peu à attendre d'une telle démarche. Au contraire, lorsque Michel Troper dit qu'il veut expliquer « la théorie de l'État par l'État », il n'entend pas du tout expliquer les théories élaborées par les éminents représentants des universités européennes : il entend par « théorie » l'appareil conceptuel auquel ceux-là même qui produisent des normes (comment les appeler ? des acteurs ?) ont recours pour justifier ces normes. Mais alors, l'explication porte, dans tous les cas, sur des normes et il n'y a finalement aucune perspective traditionnelle à renverser : dans tous les cas, on expliquera les justifications des normes par les normes, c'est-à-dire que l'on cherchera à montrer que telle justification a servi pour tel ensemble de normes. Le contraire serait étonnant, non ?

Dans ces conditions, on se rend compte que la thèse relative à l'identité du droit et de l'État est tout entière contenue dans cette réduction de la signification des termes juridiques aux normes dont ils font l'objet, et non fondée, comme on pourrait s'y attendre, sur une démonstration visant à montrer la pertinence théorique ou scientifique d'un emploi du terme « État » strictement réservé à une seule forme d'exercice du pouvoir, celle dans laquelle il est organisé selon une hiérarchie à la fois statique et dynamique. En effet, la première suffit très largement à la démonstration. Quant à la définition, elle apparaît pour ce qu'elle est : une pure stipulation dont on attend beaucoup, car, une fois baptisé « État » (ou « droit » c'est indifférent) un ordre juridique à la fois statique et dynamique, on espère pouvoir montrer que les théories de l'État sont produites par lui. Or, – puisque l'utilité et non la vérité est le seul critère d'appréciation d'une définition – la question est bien de savoir en quoi cette stipulation est plus utile qu'une autre ? En d'autres termes en quoi est-ce scientifiquement plus intéressant de réserver le terme État pour les systèmes de normes dynamiques et statiques, autrement dit, les systèmes « modernes » ? Car, si l'idée fondatrice est elle-même pertinente, on peut présumer que tous les systèmes de normes, même ceux seulement statiques ou seulement dynamiques produisent des théories visant à justifier ces systèmes de normes.

Cette présomption s'appuie elle-même sur quelques indicateurs fiables. Ainsi, même si tous les historiens sont d'accord pour fixer la naissance de l'État moderne au XVII<sup>e</sup>, ils sont également tous d'accord pour dire, d'une part, que cette naissance est lente et d'autre part, qu'elle doit beaucoup à nombre de théories et concepts provenant du droit canon, des juristes médiévaux, des doctrines de la Renaissance, etc. En outre, on peut rester sceptique – d'autres le furent plus que moi – devant l'affirmation selon laquelle les termes correspondant aux théories de l'État moderne apparaissent eux-mêmes avec la naissance de cet État moderne. Là encore, pour ce qui est de la représentation ou de la souveraineté voire des droits subjectifs sinon de la personnalité juridique, ces termes existent depuis fort longtemps dans le vocabulaire médiéval et les concepts qu'ils dénotent ne sont pas toujours si éloignés de ce que l'État moderne produira<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> On nous pardonnera de ne pas livrer une bibliographie exhaustive à l'appui de cette affirmation mais cela est aussi impossible qu'inutile et l'on se bornera à celles-ci : B. Tierney, « The prince is not bound by the Law. Accursius and the origins of Modern State », *Comparative Studies in Society and History*, 5, 1963 (378-400) ; du même, v. « Natura id est Deus : a case of juristic pantheism », *Journal of the History of Ideas*, XXIV, 1963, 307-322 ; *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle, 1150-1650*, (1982), trad. fçse J. Ménard, Paris, PUF, 1993, ; *The Idea of Natural Rights : Studies in Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Emory University, Scholars Press, 1997 ; *Rights, Laws and Infallibility in Medieval Thought*, Aldershot-Brookfield, Variorum, 1997 ; G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and State*, Princeton, 1964 ; H. Berman, *Droit et Révolution*, (1983) trad. fçse R. Audouin, Aix en Provence, Librairie de l'Université, 2002 ; D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e*

Que l'on ne se méprenne pas : je ne cherche pas ici à enfourcher un quelconque cheval, qu'il soit celui de la continuité historique ou celui de la discontinuité, mais souhaite seulement souligner que, une fois admise l'idée que les termes juridiques n'ont pas d'autre consistance que celle que leur reconnaît le système de normes en vigueur, il n'y a pas plus de raison d'expliquer la théorie de l'État par l'État pour l'époque moderne que pour le droit romain ou le droit médiéval.

Au fond, ce qui manque dans cette métathéorie de l'État, c'est la diachronie à laquelle elle permettrait d'aboutir en montrant qu'en droit, pas plus qu'en histoire, il n'y a de concept invariant même s'il n'y a d'histoire intéressante que celle qui s'écrit avec des concepts. Les seuls invariants sont ceux que peuvent nous proposer les sciences sociales : ils doivent demeurer précaires et il faut pouvoir en changer sans quoi ils ne nous apprennent rien.

« Décius : Très puissant César, donnez-moi une raison, que je ne fasse pas rire de moi, quand je leur dirai cela  
César : La raison est dans ma volonté. »  
(Shakespeare, *Jules César*, Acte II, Scène 2).

Pierre Brunet

*Professeur de droit public à l'Université de Rouen  
Directeur du Centre d'Études des Systèmes Juridiques (CESJ)*