

L'INTERPRÉTATION EN SCIENCES JURIDIQUES. LA NOTION DE COHÉRENCE NARRATIVE

Par sa définition de l'interprétation, Kelsen¹ énonce une critique décisive de la méthode positiviste *stricte* :

« If 'interpretation' is understood as cognitive ascertainment of the meanings of the object that is to be interpreted, then the result of a legal interpretation can only be the ascertainment of the frame which the law is to be interpreted represents, and thereby the cognition of several possibilities within the frame »

et il poursuit :

« jurisprudential interpretation must carefully avoid the fiction that a legal norm admits only of one as the 'correct' interpretation. Traditional jurisprudence uses this fiction to maintain the ideal of security »².

C'est qu'en effet, en sciences juridiques comme ailleurs, toute définition de l'interprétation est l'expression d'une philosophie très générale. Lorsqu'il présente sa méthode d'interprétation, l'opérateur juridique fait d'abord paraître à la lumière non seulement ses postulats explicites mais aussi et surtout implicites ; ce sont les fondements de sa conception du droit. Cœur et vie du droit, l'interprétation est l'élément central à partir duquel des auteurs se reconnaissent et s'opposent. Deux récents ouvrages en sont une excellente illustration. A. Aarnio³, appelant à une approche de type herméneutique dira :

« a central task for legal dogmatics is the justification of norms standpoints [...] Interpretation in turn, has been understood as a linguistic matter [...]

1. Hans KELSEN, *Pure Theory of Law*, trad. de la 2^e éd. allemande, 1960, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 381.

2. *Ibid.*, p. 356.

3. Aulis AARNIO, *The Rationable as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987, p. 67 sq. ; ID., « Argumentation Theory and Beyond », *Rechtstheorie*, 1983, p. 385 sq.

From a procedural point of view, however, the nature of the interpretative process is not unproblematic. It is a question of how a justified interpretation of a rationally acceptable meaning content is produced. How can we render believable that a certain meaning content is rationally justified and right? »

R. Dworkin⁴ posera le problème qui rend nécessaire à ses yeux une interprétation : « We live in and by law [...] How can the law command when the law books are silent or unclear or ambiguous? » Deux approches différentes de l'interprétation qui traduiront deux philosophies du droit très opposées⁵.

Que toute interprétation se situe au cœur d'une philosophie qui l'oriente et la détermine⁶ n'est certes pas particulier à la science juridique et se vérifie pour toutes les disciplines, en sciences sociales et en sciences de la nature. A. Aarnio, afin de proposer une théorie du changement et du progrès en sciences juridiques centre son propos sur l'interprétation et se réfère pour cela aux travaux de T. Kuhn⁷ : « What obviously Kuhn intended by talking about revolutions as paradigm shifts was that the interpretation of the basic matrix of a given field may change and in fact do change » et de conclure en citant T. Kuhn lui-même : « Its assimilation [du paradigme] requires the reconstruction of prior theory and the re-evaluation of prior fact, an intrinsically revolutionary process »⁸. La démarche d'A. Aarnio nous apparaît parfaitement fondée ; le propos de T. Kuhn s'applique, en effet, tout aussi bien à notre discipline. Demolombe, maître de la méthode dite exégétique, disait :

« en théorie, l'interprétation c'est l'explication de la loi ; interpréter c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou

4. Ronald M. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, préface, p. VII.

5. ID., « Le positivisme », *Revue Droit et Société*, L.G.D.J., 1, 1985, p. 36 : « Je veux attaquer le positivisme en général et je prendrai pour cible la version de Hart [...] Je soutiendrai que le positivisme est un modèle de et pour un système de règles et que l'idée centrale dans cette doctrine, qu'il y aurait un test de droit unique, fondamental, empêche de voir le rôle important des standards qui ne sont pas des règles. »

6. Voir également « L'interprétation dans le droit », *Archives de philosophie du droit n^o 17*, Paris, Sirey, 1972, en particulier : Henri BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », p. 10 sq. ; Michel VILLEY, « Méthodes classiques d'interprétation du droit », p. 85 sq. ; Michele SBRICCOLI, « Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Âge », p. 101 sq. ; Philippe I. ANDRÉ VINCENT, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », p. 135 sq.

7. A. AARNIO, « Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science », in *Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund, Sweden, déc. 1983, éds Alexander PECZENICK, Lars LINDAHL, Bert VAN ROERMUND, Dordrecht, Lancaster, Reidel, 1984.

8. Thomas KUHN, *Structure of Scientific Revolutions*, p. 7, in A. AARNIO, *op. cit. supra* n. 7.

moins ingénieuse ou subtile : elle peut même parfois prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas, [...] meilleures ou moins bonnes, mais enfin, il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus l'interprétation »⁹.

Proposer une interprétation nouvelle, c'est redéfinir complètement le domaine considéré. A l'argument de la complétude du monde juridique posé par l'exégèse dans sa méthode d'interprétation, GénY objectait par la méthode d'interprétation de « la libre recherche scientifique » :

« l'interprète juridique ne peut trouver son terrain de culture propre que dans le milieu moral, social, économique [...], atmosphère du monde juridique. L'interprétation en droit privé s'exerce dans deux séries de cas fort différents : l'interprète est en présence de sources formelles du droit qui, s'imposant à lui, suppriment ou restreignent la liberté de ses jugements. Tout appui formel manquant, l'interprète est plus complètement livré aux inspirations de sa conscience individuelle [...] Il y a lieu de dégager, du fond commun de la nature des choses, les règles objectives qui la guideront et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements »¹⁰.

On le voit, la question de l'interprétation touche à la nature même du droit, elle saisit le droit dans l'acte de sa création¹¹. Ce processus interprétatif, nous essaierons de l'analyser à partir de l'idée de *cohérence* et notre réflexion va devoir porter sur ce qu'il est traditionnel d'appeler

9. DEMOLOMBE, in Léon HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », in *Archives de philosophie du droit* n° 17, op. cit. supra n. 6, p. 119.

10. François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1932, p. 220.

11. De 1979 à 1986 l'université de Macerata a, tous les ans, organisé des conférences sur l'acte d'interprétation et l'élément créateur qu'il renferme. Citons, à titre d'exemple :

a) Atti del I colloquio sulla interpretazione, Macerata, 19-20 aprile 1979, a cura di Giuseppe GALLI, *Interpretazione e contesto*, Turin, Marietti, 1980, en particulier : G. GALLI, « Interpretazione come argomentazione nella esperienza giuridica intermedia », p. 47 sq. ; G. CRIFO, « Interpretazione giuridica di testi non giuridici » (Esemplificata con un appetto dei rapporti tra Cicerone e il diritto romano), p. 64 sq.

b) Atti del III colloquio sulla interpretazione, Macerata, 6-7 aprile 1981, a cura di G. GALLI, *Interpretazione e valori*, en particulier : G. FERRETTI, « Interpretazione e valori : appunti per una teoria generale », p. 180 sq.

c) Atti del IV colloquio sulla interpretazione, Macerata, 29-30 marzo 1982, a cura di G. GALLI, *Interpretazione e dialogo*, en particulier : R. BERTALOT, « Interpretazione e dialogo nell'esperienza giuridica », p. 23 sq.

d) Atti del VII colloquio sulla interpretazione, Macerata, 25-27 marzo 1985, a cura di G. GALLI, *Interpretazione ed epistemologia*, en particulier : G. GALLI, « Approccio sistemico allo studio dell'interpretazione testuale », p. 10 sq. ; L. MENGONI, « Ermeneutica e dogmatica nella scienza giuridica », p. 101 sq. ; F. BARONE, « Teoria e osservazione nel dibattito epistemologico », p. 147 sq. (texte qui offre un survol passionnant de l'histoire de la philosophie des sciences autour de la notion de « fait »).

les fondements du raisonnement juridique. Nous nous interrogerons ainsi sur la nature de la rationalité juridique. Précisons pourtant que nous n'entendons accorder à notre hypothèse qu'une valeur heuristique. L'objet de notre investigation est le raisonnement juridique en général sans oublier que les divers champs du droit, ses diverses disciplines, n'utilisent pas systématiquement les mêmes techniques juridiques pour leurs raisonnements. Pour cette raison, l'élaboration d'un modèle est une première étape nécessaire mais insuffisante à une compréhension complète du raisonnement juridique. Il faudrait expérimenter ce modèle dans divers domaines juridiques, en dégager les limites, ce que nous ne ferons pas ici. Nous poserons uniquement, dans le cadre de cette réflexion, l'hypothèse de la cohérence comme principe de rationalité du raisonnement juridique (II) pour nous interroger ensuite, par l'herméneutique, sur la nature même de cette cohérence (III). Au préalable, une réflexion sur le concept de droit est nécessaire (I).

I. — LA NATURE DES ÉNONCÉS DE DROIT

En sciences juridiques, que s'agit-il d'interpréter ? L'idée couramment admise par les opérateurs juridiques interprétant la loi est que cette opération porte sur des entités préalables à toute activité juridique et qui s'imposent à tous ces opérateurs : les normes juridiques. Celles-ci sont posées comme préconstruites et antérieures à toute recherche (que ce soit d'individualisation ou d'interprétation de la règle) ; la règle, « la norme », est le *point de départ* de la réflexion sur ce que « dit » le droit. La règle nous parle, l'interprétation consiste à comprendre ce qu'elle nous dit¹². A l'opposé de cette conception, nous dirons, quant à nous, que *la règle de droit, loin d'être un point de départ, est un résultat, celui précisément des activités, au sens large, de l'interprète*¹³.

L'interprétation est toujours en sciences juridiques l'attribution d'un

12. Voir, par ex., Paul AMSELEK, dir., *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 109 sq. Également, Michel VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », in P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 211 sq.

13. Tout praticien du droit, qui ne cesse de proclamer qu'« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », traduisant par là l'incertitude de toute action judiciaire quant au verdict, devrait aisément accepter ce postulat ! Cette définition nous permet également d'échapper à l'argumentation si lourde que nous trouvons chez Austin, Hart... des règles de droit à « texture ouverte » et à la conception qui en découle du pouvoir discrétionnaire des juges.

sens à un document, ou à un ensemble de documents, censé exprimer une « norme » juridique. La conception du droit, selon laquelle la norme est le point de départ de la réflexion, posera que l'interprétation renvoie à l'ensemble de toutes les activités et de tous les résultats relatifs à l'apprentissage et à l'utilisation d'un droit en vigueur, avec, notons-le, une conception très objective du droit. L'interprétation pourtant n'est pas que cela. Elle englobe plus que l'activité d'apprentissage d'un droit, même si l'attribution de sens à des documents législatifs y est incluse. Par exemple, chez des opérateurs juridiques (pour d'autres opérateurs, il est d'autres a priori) domine la croyance à l'idée que les rapports sociaux sont structurés par les lois¹⁴ — que tous théoriquement devraient l'être — et cette croyance est fondée sur une conception selon laquelle le « droit objectif » est complet, systématique (pour le moins, si des lois sont « lacunaires », le droit, comme système, doit être complet et répondre à toute « demande sociale »). Ce faisant, ces opérateurs adhèrent à des techniques particulières d'extension, d'intégration et de manipulation des lois qui ne seraient pas concevables sans cette conception, sans cet ensemble de croyances. Nous voyons donc, à partir de cet exemple très simple, que *les lois sont accompagnées de certains facteurs extra-législatifs de production du droit*. Notons à ce propos que la définition aujourd'hui si largement répandue du droit comme « système de normes » est à rejeter doublement : le droit est bien plus qu'un système de normes, d'une part, et, d'autre part, la règle n'est pas un postulat qui nous est donné au départ mais un résultat (celui de l'activité de l'interprète). En définissant le droit comme un « système de normes », on fait en réalité une impasse totale sur ce que peut être le droit. Les facteurs extra-législatifs de production du droit, auxquels nous avons fait allusion, sont des facteurs historiques *qui vont déterminer le sens même des énoncés*, présentés comme techniques. Un énoncé, aussi technique soit-il, et selon les périodes historiques considérées, pourra recouvrir des sens bien différents ; ayons, par exemple, à l'esprit la si fameuse règle « *in claris non fit interpretatio* »¹⁵. Sociologiquement, cette règle prétend être

14. « Claires », ou qui doivent l'être. Et lorsque les textes de lois ne sont pas clairs, le juge exercerait un pouvoir discrétionnaire ; cf. M. VAN DE KERCHOVE, *art. cit. supra* n. 12, p. 224 sq. Également, R. DWORKIN, *art. cit. supra* n. 5, p. 42-43.

15. Giovanni TARELLO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, t. 2 : *L'interpretazione della legge*, Milan, Giuffrè, 1980, nous rappelle que durant toute l'époque moderne — XVI^e-XVIII^e siècle — l'interprétation était le produit de l'activité de *commentaires* des docteurs et de l'activité de *décisions* des tribunaux. A l'interprétation était reconnue valeur de droit mais seulement pour toutes les questions non directement organisées par la « lex », constituée à l'époque par le corps du droit romain et par les textes des souverains. Ce principe était ainsi un *principe de hiérarchie des sources* par lequel était exclu le recours au droit « *interpretatio* » dans les cas directement abordés par la « lex ». Il exprimait une forme d'organisation du

tirée de l'idée que nombre de décisions portent sur un réel qui se manifeste une multitude de fois de la même façon, autorisant par là même une forme-type de décisions contentieuses et exprimant l'état du droit. De l'automatisme des raisonnements produits, de cette idée d'un réel qui se répéterait identique à lui-même, nous devrions admettre d'évidence que, pour des raisons d'efficience, la règle doit avoir un sens clair : celui qui permettra précisément de donner une solution toujours identique à ces situations conflictuelles qui se répètent. Plus le raisonnement du juge sera stéréotypé, plus ses décisions seront systématiques, plus en somme on en dégagera l'idée que le texte appliqué est un texte clair. En d'autres termes, du résultat d'un raisonnement juridique sera déduit un argument de nature herméneutique (parce que le texte est clair, le juge n'a pas de difficulté d'application du texte au réel) mais dans un rapport inversé. Cette inversion occulte en fait ce que Tarello¹⁶ appelait « l'interprétation-activité » — c'est-à-dire l'activité de celui qui interprète — au bénéfice de « l'interprétation-produit », le résultat obtenu par l'interprète. La première est l'objet de discours juridiques de persuasion (l'idée, par exemple, qu'il y ait une « bonne lecture » d'un texte), alors que la seconde est l'objet de discours juridiques de type descriptif. Insister sur cette dernière et occulter la première a pour avantage d'accroître le statisme du discours juridique.

Il est vrai pourtant que si la méthode positive qui actionne ce principe « *in claris non fit interpretatio* » conduit à mettre au premier plan le résultat de l'interprétation, elle traite aussi et bien évidemment de l'interprétation-activité. Cependant, la méthode maintient le rapport inversé que nous dénoncions préalablement : la difficulté d'aboutir à un résultat interprétatif stable et constant pour tout un ensemble de décisions proviendrait du fait qu'un texte n'est pas clair ou qu'il est ambigu ou lacunaire. La conception que nous avons du droit, encore une fois,

pouvoir entre le pouvoir central et le royaume. Suite à la codification napoléonienne et à la réalisation de l'État-Nation, l'« *interpretatio* » n'eut plus valeur de source du droit et prit le sens qu'aujourd'hui nous lui connaissons : *attribution de sens aux documents législatifs*. De principe d'organisation judiciaire, ce principe devint un principe d'énonciation du droit. Le pouvoir n'était plus structuré de la même façon ; les principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté du législateur entendaient confiner le judiciaire dans un rôle subordonné, un juge ne devait (et ne devra) jamais créer du droit. L'exégèse dira que « *in claris non fit interpretatio* » signifie que le texte a son sens propre, qui se suffit à lui-même, et posera de ce fait un certain nombre de techniques d'interprétation. L'interprétation dite déclarative (qu'elle soit restrictive, « *interprétation a contrario* », ou qu'elle soit extensive « *interprétation par analogie* ») suggère que le discours législatif a un sens propre et principal qui est indépendant de celui qui est amené à le faire fonctionner. Au moment du déclin de la méthode de l'exégèse, qui correspond au moment du passage de l'État libéral à l'État social, apparaîtront les interprétations dites créatives et abrogatives.

16. *Ibid.*

détermine l'appareillage technique que nous sommes amenés à utiliser. Il faut regretter une orientation abusive de l'interprétation en sciences juridiques où, pour reprendre l'expression heureuse d'E. di Robilant, la culture juridique ne distingue plus entre science et technologie¹⁷. Il n'est évidemment pas dans nos intentions de nier cette évidence : il peut y avoir ambiguïté dans le sens usuel des termes qu'un énoncé juridique peut contenir. Des expressions auront par exemple un sens purement juridique, d'autres auront un sens commun. Le langage commun ne fournit pas, par ailleurs, à chaque terme un sens unique. Nous savons également qu'un terme aura un sens qui pourra varier sur une échelle historique. La possibilité d'accorder à une même expression des sens multiples et parfois nouveaux, de recourir à des métaphores est liée aux conditions d'emploi du langage naturel et ne favorise donc pas une uniformité jurisprudentielle :

« le fait que le langage naturel recoure souvent à des notions confuses, qui donnent lieu à des interprétations multiples, à des définitions variées, nous oblige bien souvent à effectuer des choix, des décisions qui ne coïncident pas nécessairement. De là l'obligation, bien souvent, de justifier ces choix, de motiver ces décisions »¹⁸.

Mais que tout cela soit exact n'oblige pas à maintenir l'analyse de l'interprétation-activité au niveau d'une philologie classique. L'herméneutique contemporaine condamne d'ailleurs cette approche ; une partie du texte ne se comprend qu'en relation avec la totalité du texte, tout comme d'ailleurs ce dernier ne peut lui-même se comprendre qu'à partir de ses divers éléments constitutifs¹⁹. Comment, dès lors, sortir de ce que

17. Edmond DI ROBILANT, « Prospettive sul ruolo del giurista nella società tecnologica della nuova Europa », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, déc. 1980, p. 509 sq. : « Riservare la denominazione 'scienza giuridica' ai tentativi di rappresentare, ridurre a unità e spiegare i fenomeni che vengono indicati generalmente come diritto ; vale a dire a quell'attività prettamente conoscitiva, diretta a produrre teorie [...] viene indicata come scienza. Tecnologia : l'attività rivolta a chiarire che cosa si debba fare qualora si vogliano ottenere determinati risultati all'interno dell'ordinamento giuridico » (p. 510). Également, Luigi FERRAJOLI, « La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XV, 2, déc. 1985, p. 403 sq.

18. Chaïm PERELMAN, « Logique formelle et logique informelle », in *De la métaphysique à la rhétorique*, éd. par Michel MEYER, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 17.

19. Je demande au lecteur d'admettre, avec Benveniste et Jakobson, Austin et Searle, que la première unité de signification du discours n'est pas le signe sous la forme lexicale du mot, mais la phrase, c'est-à-dire une unité complexe qui coordonne un prédicat à un sujet logique ou, pour employer les catégories de P. Strawson, qui conjoint un acte de caractérisation par prédicat et un acte d'identification par position du sujet. Cf. Paul RICEUR, « Rhétorique, Poétique, Herméneutique », in M. MEYER, *op. cit. supra* n. 18, p. 143.

l'on appelle le « cercle herméneutique » ? Nous reviendrons sur cette question dans notre dernière partie en proposant l'hypothèse de la cohérence narrative comme fondement du raisonnement juridique mais il faut au préalable préciser davantage encore cette notion « d'interprétation-activité ».

Nous avons posé au départ de ce texte que la règle de droit, loin d'être un point de départ au raisonnement interprétatif, était un résultat, un aboutissement. De cette conception de la règle de droit, nous dégagerons maintenant l'idée que *le droit est un concept interprétatif*. J. Ellul nous confiait un jour que, dans tous les ouvrages qu'il avait consacrés au droit, jamais il n'avait pu tenir la même définition, jamais il n'avait pu accéder au « centre » du droit. Outre qu'il nous exprimait la difficulté que chacun peut avoir lorsqu'il définit le droit en quelques mots, J. Ellul énonçait implicitement une culture juridique. Concevoir (ou chercher, ce qui en l'occurrence est synonyme) « Le Droit » à partir de la notion d'un « centre », en d'autres termes à partir de l'idée qu'il y aurait quelques éléments qui constitueraient la substance fondamentale, l'origine de tout droit, c'est une conception, une hypothèse interprétative issue d'une *culture* de droit naturel classique, culture qui pose le droit comme donné, *a priori*, aux individus vivant en société et qu'il s'agit de découvrir. Le droit, pourtant, ne prend pas corps à partir d'un quelconque noyau dur de principes immuables, et qu'il s'agirait de retrouver, pour lui donner enfin une cohérence (d'où se dégagerait l'idée de Justice). Le droit est inscrit dans l'ensemble des pratiques qui s'en revendiquent, il est l'ensemble des pratiques qui donnent existence juridique aux énoncés que l'on qualifie de principes généraux ou fondamentaux. Le droit doit être perçu à partir de l'analyse des positivités, à partir du repérage de son champ énonciatif et cette méthode, suivant en cela les travaux de Foucault, peut être appelée « archéologie ». L'ensemble des définitions que J. Ellul a su donner au droit sont autant d'éléments qui appartiennent à cette méthode d'investigation.

Le raisonnement juridique est un raisonnement de nature interprétative, le droit est interprétation. Quelle est la nature de cette opération ? En posant que le droit est un préconstruit, préalable à toute opération intellectuelle, les divers positivismes (de la période de l'exégèse ou de la période actuelle) sont amenés à poser que le travail d'interprétation (celui que nous nommions précédemment l'interprétation-activité) vise à « découvrir » le droit²⁰. Nous dirons, quant à nous, que l'opérateur

20. Par ex., DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, préface, p. VI : « Suivant le texte, pas à pas, on peut se flatter de découvrir ainsi plus facilement la pensée du législateur. » Voir également F. GÉNY, *op. cit. supra* n. 10, p. 217, qui, en s'opposant à cette méthode dira : « La

juridique ne découvre rien puisque nous refusons l'hypothèse de la règle de droit comme un préconstruit. L'objet de son activité n'est pas d'avantage des « normes », mais plus simplement des énoncés. L'attribution de sens à un énoncé²¹ peut consister tantôt en un acte de volonté, tantôt en un acte de connaissance. De volonté, car l'opérateur de l'interprétation peut *décider* d'attribuer au document (et il n'est de document qui ne fasse l'objet d'une interprétation) un sens particulier (soit, par exemple, le juge); de volonté encore, car cet opérateur peut *proposer* un sens également pour l'énoncé (soit, par exemple, la doctrine). De connaissance aussi, car l'opérateur peut *relever que, dans le passé*, tel sens particulier a été donné à un document²², tout comme il peut prétendre *prévoir* le sens qui sera donné à un document dans le futur. Ces opérations, qui traduisent donc ce que nous avons appelé l'interprétation-activité, peuvent parfaitement être jointes²³ : l'opération de volonté jointe à l'opération de connaissance constitue le raisonnement juridique par lequel un précédent, pour le « common law », ou une jurisprudence, pour un droit « codifié », sont créés.

A ce stade de notre réflexion, la manière la moins inexacte de décrire l'opération d'interprétation serait donc celle-ci : l'interprète relève (pour ce qui a trait au passé, éloigné ou récent) ou décide ou propose le sens à attribuer à un document, constitué par un ou plusieurs énoncés, dont le sens n'est pas préconstitué à l'activité de l'interprète mais en est le produit. Avant l'activité d'interprétation de l'interprète, la seule chose que nous pouvons dire est que le document, objet de l'interprétation, exprime une ou plusieurs « normes » et quand nous disons « normes », nous voulons dire seulement le sens qui a été donné ou qu'il a été décidé de donner, ou qu'il a été proposé de donner à un document.

De quel type de logique relève dès lors le raisonnement interprétatif selon la définition que nous donnons à l'opération d'interprétation ? La logique informelle, qui permet de trancher une controverse, occupe à nos yeux une place prépondérante. La logique formelle ne peut être qu'une partie seulement du raisonnement juridique. Le raisonnement interprétatif est un discours persuasif, aucune règle ne peut prétendre échapper à la controverse puisque le point de départ de tout argument, de tout

pensée du législateur reste insuffisante à elle seule pour *révéler* [nous soulignons] la solution demandée. »

21. G. TARELLO, *op. cit. supra* n. 15, p. 89.

22. Nous reviendrons dans la dernière partie de ce travail sur cette question. Nous pouvons dire néanmoins dès maintenant que la *méthode* de l'historien, ou de l'historien du droit en particulier, ne sera pas à nos yeux perçue comme différente de celle du juriste.

23. Nous verrons qu'elles le sont toujours et nous essaierons de dire pourquoi et comment.

raisonnement, doit être admis par l'auditoire que l'on veut persuader, convaincre. Aussi, un processus déductif, avant d'être opérant, ne peut se passer de règles d'acceptabilité, règles qui ne peuvent être établies que par voie argumentative. La découverte de la vérité n'est jamais complètement analytique. Pourtant, il faut admettre aussi que la logique déductive constitue la forme de tout raisonnement valable. Ainsi, au moment de penser le type de rationalité en œuvre dans l'opération d'interprétation, la question qu'il convient de se poser est celle d'une éventuelle racine commune à la logique déductive et à l'argumentation. Il ne s'agit pas de les opposer l'une à l'autre, il s'agit de comprendre ce qu'elles expriment conjointement.

« Le fil conducteur qui doit nous permettre de comprendre à la fois le rôle de la logique et celui de l'argumentation est l'idée de 'logos'. Le 'logos', c'est une mesure qui est dans les choses [...] Il y a une parole qui raconte *mais* [nous soulignons] il y a une parole qui tente de dire ce qui est en vérité »²⁴.

Abordons maintenant l'hypothèse de la cohérence comme principe de rationalité du raisonnement juridique et nous verrons qu'il n'y a pas forcément opposition entre récit et réel.

II. — LA COHÉRENCE, FONDEMENT DE RATIONALITÉ

Dans la communication qu'il fit au colloque de Lund, N. MacCormick mena une réflexion sur « la cohérence dans la justification juridique »²⁵, dont l'objet était d'élucider cette insaisissable (« elusive ») notion (« of making sense »)²⁶. Il définit celle-ci comme « la dépendance, commune, d'un ensemble de lois à une (des) valeur(s) »²⁷, mais pour aussitôt distinguer entre deux hypothèses : la première, qu'il nomma « cohérence normative » et la seconde « cohérence narrative ». En effet, dit N. MacCormick, puisque la justification reçoit deux types d'application, l'une

24. Jean LADRIÈRE, « Logique et argumentation », in M. MEYER, éd., *op. cit. supra* n. 18, p. 24 sq.

25. Neil MACCORMICK, « Coherence in Legal Justification », in *op. cit. supra* n. 7 (citations traduites par nous).

26. Voir aussi, Barbara BAUM LEVENBOCK, « The Role of Coherence in Legal Reasoning », *Law and Philosophy. An international journal for jurisprudence and legal philosophy*, vol. 3, 1, 1984, p. 355 sq.

27. N. MACCORMICK, *op. cit. supra* n. 25, p. 237 : « A common subservience by a set of laws to a relevant value or values. »

qui a trait au raisonnement sur des questions de droit, l'autre qui infère les faits d'événements évidents (« evidentiary facts »), il y aura lieu de distinguer entre deux types de cohérence. La cohérence des normes renvoie à la question de leur attribution de sens lorsqu'elles sont rationnellement reliées en un ensemble pour la réalisation soit d'une certaine valeur commune soit d'un quelconque principe commun. La cohérence d'un groupe de normes apparaît ainsi comme une fonction de sa justifiabilité sous des principes ou des valeurs d'un ordre supérieur²⁸. Pourtant, et contrairement à R. Dworkin²⁹, la cohérence dans l'acte de justification ne présupposera pas, avec N. MacCormick, une unité du monde du droit (le droit pris comme un tout), mais renverra uniquement à des questions communes, prises dans un domaine particulier du droit³⁰. La notion de cohérence ainsi définie s'obtient à partir des matériaux divers existant dans la branche du droit considérée mais aussi à partir d'une construction dont la finalité est d'établir une vue cohérente de cette branche du droit. L'exemple de N. MacCormick est celui de l'interprétation d'une loi où la rhétorique d'une telle justification consiste ici à présenter le statut à partir de l'idée qu'il est de l'intention du législateur de légiférer de façon cohérente³¹. Le problème ainsi posé, la question revient alors, aux yeux de l'auteur, à se demander si la cohérence est une qualité des normes juridiques et, si oui, pourquoi ? Il répond : la cohérence détermine seulement une dérivabilité assez faible du raisonnement (ou de la décision) issu du droit, établi parce que la cohérence est une figure désirée mais seulement idéale d'un système juridique. Nous sommes amené à contester cette opinion³² mais poursuivons néanmoins avec la conception qu'a l'auteur de la cohérence narrative. Celle-ci serait le nom donné au test de vérité ou de probabilité pour les questions de fait (« of fact and evidence ») dans lesquelles *une preuve directe, à partir d'une observation immédiate, n'est pas possible*. Une telle définition, et les termes mêmes que l'auteur emploie, sont pour nous de première importance ; cette définition sera pour tout dire centrale lorsque nous poserons l'hypothèse de la cohérence narrative. N. MacCormick écrit d'ailleurs lui-même :

« puisque quasiment tout contentieux juridique concerne des faits ou événements passés et puisque ni les faits ou événements ne sont susceptibles d'une

28. *Ibid.*, p. 238.

29. *Infra*.

30. L'hypothèse du droit naturel avec N. MacCormick sera toujours très nettement affirmée.

31. N. MACCORMICK, *op. cit. supra* n. 25, p. 242.

32. La définition que nous avons posée du droit — concept interprétatif — nous y condamne en tout état de cause.

preuve directe par une observation immédiate, alors la cohérence narrative est un test d'une importance absolument cruciale dans la justification d'une décision juridique »³³.

La nature est comprise à partir de principes explicatifs (« lois de la nature ») de type causal ou *probabiliste*; la société quant à elle est comprise à partir de principes explicatifs de nature rationnelle, intentionnelle et psychologique et de type également *causal* ou *probabiliste*. Nous partageons avec N. MacCormick³⁴ l'idée que le principe de causalité vaut dans les sciences sociales comme dans les sciences de la nature. Et si la cohérence narrative a une réelle force persuasive dans l'élaboration de décisions relativement à des questions de fait, c'est grâce au rôle que joue l'idée de la rationalité. Nous voyons le monde dans lequel nous vivons comme intelligible. Une des conditions d'intelligibilité, c'est la supposition que ce que nous percevons est le réel³⁵, une autre, que le réel quel qu'il soit est rationnellement relié à des principes explicatifs qui sont à découvrir. Ainsi,

« toutes propositions relatives à des événements non perçus et qui prennent place dans notre schéma explicatif de façon rationnelle avec des propositions vraies relatives à des événements observés sont des propositions vraies relatives à la réalité d'événements non observés »³⁶.

La remarque est d'importance puisque c'est en effet par ces conditions d'intelligibilité que nous savons parler de la vérité des choses : logique formelle et logique informelle sont inextricablement mêlées, elles doivent former une cohérence, qui est la création du réel.

Autant nous nous trouvons en accord complet avec la conception que N. MacCormick développe pour la cohérence narrative, autant nous éprouvons quelques difficultés avec la conception que l'auteur a avancée de la cohérence normative. Ces deux types de cohérence ont-ils, tout d'abord, quelque chose en commun ? Pour N. MacCormick, la question consiste à se demander s'il existe ou non un parallélisme entre la cohérence qui justifie des conclusions de type normatif et celle qui justifie des conclusions factuelles. Si la réponse est à ses yeux positive, c'est parce que nous ne pouvons prétendre à un ordre normatif rationnel si nous n'avons pas conjointement une vue rationnelle du monde. Nous donnons raison à l'auteur mais, comme nous nous occupons du type de rationalité

33. N. MACCORMICK, *op. cit. supra* n. 25, p. 245.

34. Nous verrons bientôt le refus d'une telle idée chez R. Dworkin.

35. N. MACCORMICK, *op. cit. supra* n. 25, p. 245.

36. *Ibid.*

à l'œuvre dans l'interprétation, le problème se pose en termes différents. Il repose sur l'existence même de ce parallélisme : quels sont les liens entre ces deux types de cohérence, au cours du processus interprétatif ? Ou encore : dans ce processus, est-il possible de distinguer entre ces deux types de cohérence ? Nous ne le pensons pas et c'est cette interrogation qui doit maintenant guider notre réflexion.

Le dernier ouvrage de R. Dworkin³⁷ peut ici s'avérer fort précieux. Nous partageons avec l'auteur sa définition du droit, son concept interprétatif³⁸ — définition qui n'entend pas d'ailleurs *a priori* se lier aux positivismes ou aux naturalismes contemporains³⁹ ; notre étude porte sur le même moment de l'interprétation juridique, le raisonnement lui-même et non ses résultats⁴⁰. De plus, la distinction opérée par N. MacCormick entre la cohérence de type soit normatif soit narratif n'apparaît pas dans l'œuvre de R. Dworkin, ce qui peut s'avérer prometteur pour la solution de notre problème.

Dès la préface, la question centrale de R. Dworkin consiste à se demander comment la loi commande lorsque l'ensemble des données juridiques est muet ou peu clair ou ambigu. Et pour préciser l'hypothèse à partir de laquelle une réponse sera avancée, l'auteur définit ce qu'est selon lui la nature du raisonnement juridique : une interprétation constructive. Nos lois apportent la meilleure justification de nos pratiques juridiques entendues comme une totalité ; cette justification repose dans une histoire de type narratif qui constitue ces pratiques du mieux possible⁴¹. Nous trouvons ici les trois lignes de force de la théorie de R. Dworkin : l'interprétation *constructive*, le droit comme un *tout*, la *narrativité* de tout fondement du droit.

Cette dernière notion mérite pourtant d'être précisée. N. MacCormick

37. R. DWORKIN, *op. cit. supra* n. 4.

38. Par ex., *ibid.*, p. 87 : « Law is an interpretive concept. Judges normally recognize a duty to continue rather than discard the practice they have joined. So they develop, in response to their conviction and instincts, working theories about interpretation of their responsibilities under that practice. When they disagree in what I called the theoretical way, their disagreements are interpretive. » Ou encore, p. 139 : « A conception of law is a general abstract interpretation of legal practice as a whole. » Voir également R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, recueil de textes qui abordent systématiquement le droit comme concept interprétatif, ainsi : « Is there really no right answer in hard cases », « how law is like literature », « on interpretation and objectivity ».

39. Voir, en ce sens, la présentation de R. Dworkin faite par Michel TROPER, in *Droit et Société*, 1, 1985, p. 27 sq.

40. R. DWORKIN, *op. cit. supra* n. 4, p. 13 : « This crucial argumentative aspect of legal practice can be studied in two ways from two points of view. External : sociologist or historian. Internal : of those who make the claim. Their interest is not finally historical [...] They do not want predictions of the legal claims they will make but arguments about which of their claims is sound and why » ; *ibid.*, p. 14 : « This book take up the internal... ».

41. *Ibid.*, préface.

et R. Dworkin parlent-ils, par exemple, de la même chose lorsqu'ils parlent de « narrativité » ? Il est permis d'en douter. Chez l'auteur anglo-américain, les procédures juridiques appellent trois types de questions : les questions de fait, de droit et celles qui mêlent la moralité politique et la « loyauté »⁴². La première et la troisième catégorie ne soulèvent pas de problèmes particuliers ; selon l'auteur, seule la deuxième est à l'origine de tous les problèmes juridiques : les juristes et les juges semblent au fond s'opposer très fréquemment sur le droit applicable au cas soumis ; ils semblent même s'opposer sur le point de savoir quelle règle ils doivent utiliser⁴³. Le problème, tout à fait central pour nous, que soulevait N. MacCormick à partir du concept de cohérence narrative, n'apparaît donc pas avec R. Dworkin, même lorsqu'il nous présente sa perception du processus interprétatif. Certes, il utilise l'expression de cohérence narrative, mais cette notion semble relever d'une question de type plus normatif que narratif, dans le sens suggéré par le philosophe écossais : le droit — que R. Dworkin pose comme complet — suppose une interprétation de l'interprétation⁴⁴. Lorsqu'il dit :

« an interpretation aims to show what is interpreted in the best light possible, and an interpretation of any part of our law must therefore attend not only to the substance of the decisions made by the earlier officials but also to how — by which officials in which circumstances — these decisions were made »⁴⁵,

l'auteur ne pense pas à une question « de fait », mais à une question de type casuistique : des circonstances spécifiques et générales nous aident à déterminer *quel type de principe* motive cette décision particulière. C'est une question de principe au sens très « dworkinien » du terme⁴⁶. Le dogme de la cohérence du droit est lié à l'idée que pour tout système

42. *Ibid.*, p. 3.

43. Conflit qui est pour R. Dworkin « a theoretical disagreement ».

44. Par ex., *op. cit. supra* n. 4, p. 19 : « Since a statute forms part of a larger intellectual system — the law as a whole — it should be constructed so as to make that larger system coherent in principle » ; *ibid.*, p. 243 : « Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process. » Ce passage semble bien pouvoir autoriser le rapprochement que nous faisons entre cet auteur et N. MacCormick et les expressions utilisées par ces deux auteurs vont même jusqu'à être identiques.

45. *Ibid.*, p. 243.

46. La manière dont est présentée la règle de courtoisie (*ibid.*, p. 47) est caractéristique de ceci : « People now try to impose meaning on the institution — to see in it its best light — and then to restructure it in the light of that meaning. The two components of the interpretive attitude are independant of one another. »

juridique il n'y a qu'une éthique, qu'une doctrine politique qui constitue le fondement et la justification. La notion de cohérence s'apprécie à partir des « principes » et de la « complétude » du droit, elle est en ce sens selon nous une notion normative. Pour R. Dworkin, il s'agit de se demander comment découvrir le principe général, éthique, qui préside à la bonne interprétation d'une donnée juridique, afin de construire le sens juridique qui se trouve *en arrière* de cette donnée juridique.

R. Dworkin ne se demande jamais comment se décrit, ou se définit, le réel au cours de l'interprétation⁴⁷. Il est vrai néanmoins que son interprétation n'est pas non plus l'opération par laquelle seraient découverts des faits bruts et univoques. La question du « fait », tout simplement, n'est pas perçue comme un problème ; ni plus ni moins⁴⁸. Dans *Law's Empire*⁴⁹, R. Dworkin reconnaît : « Legal philosophers cannot expose the common criteria or ground rules lawyers follow for pinning⁵⁰ legal

47. Dans « Is There Really no Right Answer in Hard Cases », in *A Matter of Principle*, *op. cit. supra* n. 38, p. 135, R. DWORKIN dira : « Law is an enterprise such that propositions of law do not describe the real world in the way ordinary propositions do, but rather are propositions whose assertion is warranted by ground rules like those in the literary exercise. » Nous reviendrons plus longtemps sur l'épistémologie sous-jacente à cette conception ; notons simplement et comme en prélude, d'une part, chez l'auteur, l'existence de « faits bruts », d'autre part, l'absence d'interrogation sur l'existence de ceux-ci et ce dans l'opération même d'interprétation. Par ex., nous trouvons dans le même article, p. 137 : « [...] the demonstrability thesis : this thesis states that if a proposition cannot be demonstrated to be true, after all the hard facts that might be relevant to its truth are either known or stipulated, then it cannot be true. By "hard facts" I mean physical facts and facts about behaviour (including the thought, and attitudes) of people [...] »

48. Cette question demeure néanmoins assez confuse chez R. Dworkin. Il y a, sinon évolution de sa pensée, en tout cas et, pour le moins, nuances, reprises et retouches successives. L'auteur semble en fait tourner autour de la question de l'élaboration du fait sans jamais vouloir l'aborder, avec, parfois, quelques hypothèses aventureuses par rapport à son fond théorique, cf. « On Interpretation and Objectivity », in *A Matter of Principle*, *op. cit. supra* n. 38, p. 175 : « Someone might say that my position is the deepest possible form of scepticism about morality, art, and interpretation because I am actually saying that moral or aesthetic or interpretive judgements cannot possibly describe an independent objective reality. But that is not what I said. I said that the question of what "independence" and "reality" are, for any practice, is a question within that practice [...] ». La question que nous pourrions poser à l'auteur serait : que signifie ce « within » that practice ? R. DWORKIN semble d'ailleurs revenir en arrière dans « La théorie du droit comme interprétation », *Revue Droit et Société*, LGDJ, 1, 1985, p. 87. L'auteur nous dit tout d'abord que « l'interprétation est une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérents dont cette conduite puisse être considérée comme une expression ou un exemple ». Nous suivons jusqu'ici l'auteur mais où nous ne le suivons plus c'est lorsqu'il nous précise la manière par laquelle une explication (ou un sens cohérent) est proposée. « Très souvent les faits ne déterminent qu'une partie de l'explication. Un interprète a besoin de critères pour choisir entre les différentes interprétations que *permettent les données brutes de la conduite* » (*ibid.* ; nous soulignons). Mais les données brutes de la conduite ne portent pas en soi un sens.

49. R. DWORKIN, *op. cit. supra* n. 4, p. 90.

50. Nous soulignons.

labels onto facts... » L'auteur adhère sans aucun doute à ce que N. McCormick considèrerait comme la première condition d'intelligibilité de notre monde : des propositions vraies et relatives à des événements perçus sont des propositions vraies relatives à la réalité elle-même.

En définissant le droit comme un concept interprétatif, R. Dworkin s'oblige à définir l'interprétation et le fond théorique de l'auteur va se révéler dans cette opération. L'interprétation en sciences juridiques, nous dit-il, est semblable à une interprétation artistique⁵¹ : toutes deux tendent à interpréter une réalité créée par les individus ; c'est une entité qui leur est distincte ; ce n'est pas le cas pour l'interprétation d'un dialogue ou pour une interprétation scientifique. La différence tient au fait que celles-ci n'ont pas à interpréter une matière créée par les individus. R. Dworkin appelle créatives l'interprétation artistique et l'interprétation d'une pratique sociale comme le droit, afin de les distinguer des précédentes⁵². L'interprétation d'un dialogue poursuit un but, une finalité ; elle n'est pas vraiment causale, « au sens mécanique du terme ». Elle ne prétend pas expliquer, dira R. Dworkin, les fondements de l'action de quelqu'un de la même manière qu'un biologiste explique « le croassement d'une grenouille »⁵³. Un sens est attribué à partir des motifs, des buts et des objectifs supposés de l'interlocuteur ; l'interprétation établit ses conclusions comme des énoncés relatifs à l'intention de l'interlocuteur disant ce qu'il dit. Toute interprétation, selon R. Dworkin, tend à des explications qui satisfont des buts, des objectifs, et de pareils objectifs distinguent cette interprétation d'une interprétation de type plus généralement causal. A ce propos, l'auteur dira qu'une interprétation scientifique n'est pas vraiment une interprétation : il s'agit d'une métaphore, la métaphore de données parlant au scientifique ainsi qu'une personne parle à une autre. Elle représente le scientifique en train de comprendre ce que la donnée tente de lui dire et la métaphore disparaît si nous enlevons l'idée d'intention. L'auteur étend cette conception à l'interprétation créative et se demande si celle-ci est seulement une figure métaphorique de l'interprétation. Lorsque nous parlons en interprétant des poèmes ou des pratiques sociales, constate R. Dworkin, nous imaginons qu'ils nous parlent, qu'ils nous disent quelque chose comme le ferait une personne qui nous parle⁵⁴. Dans ce cas, il n'est pas aisé de faire

51. R. DWORKIN, *op. cit. supra* n. 4, p. 50.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. Nous retrouvons également, rappelons-le, cette métaphore dans l'interprétation juridique défendue par les méthodes positives où il s'agit de découvrir ce que nous « disent » les règles de droit. Voir aussi p. 302, *supra*.

disparaître la métaphore parce que, *pour ce type d'interprétation, des intentions sont à l'œuvre plus que d'authentiques causes*. Pour cette raison, nous devons trouver le moyen de remplacer la métaphore de pratiques sociales ou d'œuvres d'art, d'elles-mêmes expressives, par une métaphore qui reconnaisse pourtant la place fondamentale de l'intention dans l'interprétation créative. L'auteur a recours à une interprétation créative non de type conversationnel mais de type *constructif, caractérisée par des intentions et non des causes*⁵⁵. Premièrement, l'intention ne sera pas celle de l'auteur mais celle de l'interprète ; deuxièmement, une interprétation constructive consistera à imposer des buts à un objet ou une pratique et ce afin de le (la) présenter comme le meilleur exemple possible de la forme ou du sens qu'elle exprime ; troisièmement, l'histoire de cette pratique contraindra les interprétations disponibles⁵⁶. Une interprétation constructive est une interaction entre des intentions, des finalités et des objets. C'est ainsi que l'interprète d'une pratique sociale lui attribue des valeurs en décrivant les modèles d'intérêts, de buts ou de principes que cette pratique peut servir, exprimer ou illustrer. Mais en retour, l'aspect matériel de la pratique (« raw behavioural data »), ce que les gens font dans de telles circonstances — conditionne l'imputation de valeur. Voici posé chez R. Dworkin le rapport entre le sens que l'on donne à un texte et le réel correspondant. Mais observons encore une fois ce que nous disions précédemment sur la notion de réel et la question du fait⁵⁷ : la connaissance du réel n'est pas une question qui préoccupe l'auteur. Ce faisant, la définition avancée de l'interprétation est infléchie. R. Dworkin nous parle, en effet, de « raw behavioural data » comme de quelque chose qui déterminerait en sous-main des interprétations sans jamais nous dire de quoi il s'agit exactement⁵⁸. Ce silence, d'ailleurs, ne peut nous surprendre parce qu'une semblable donnée n'existe pas. Soit l'exemple de la courtoisie et d'un homme qui lève son chapeau ; comment peut-on interpréter ce geste de la main si on ne sait pas *préalablement* que la personne entend exprimer une politesse⁵⁹ ? Cet

55. R. DWORKIN, *op. cit. supra* n. 4, p. 51.

56. *Ibid.*, p. 52. Nous reviendrons sur ce point. Notons, dès maintenant, que nous acceptons le premier point mais que nous aborderons de façon différente le troisième.

57. Cf. *supra* n. 47 et 48.

58. Soit par exemple la règle de courtoisie : par quoi pourrait-on immédiatement, immanquablement la reconnaître ?

59. Nous retrouvons là le fameux cercle herméneutique ; cf. Stig JORGENSEN, « Theory of Legal Science », in *op. cit. supra* n. 7, p. 123 : « concepts and sentences one must end up with a theoretical assumption that it is impossible to pronounce on anything whatever without having a preconceived opinion of it. » Nous connaissons les travaux de Hans Georg Gadamer sur la notion de « connaissance préalable ».

homme peut lever son chapeau parce qu'il a chaud, parce qu'il est nerveux et rempli de manies, parce qu'il s'agit d'un philosophe du droit qui, dans un séminaire, entend expliquer à ses étudiants l'acte matériel de base qui exprimerait une règle de courtoisie. Il est bien évident que celle-ci a besoin d'une certaine manifestation matérielle. Ce que nous contestons, c'est le rapport que R. Dworkin entend poser entre une règle et une pratique sociale⁶⁰. Un autre point à mentionner ici porte sur la notion d'interprétation en sciences sociales et en sciences de la nature. S'appuyant sur Dilthey (et sur H.G. Gadamer, mais celui-ci s'appuyait également sur Dilthey), l'auteur reprend la différence, classique, entre la rationalité des sciences de la nature (causales) et la rationalité des sciences sociales (disons non causales), ce qui lui permet de définir l'interprétation en sciences juridiques. Avec P. Veyne⁶¹, nous abandonnons une telle distinction ; dans les sciences de la nature comme en sciences sociales, nos explications sont toujours de type causal. En physique, nous disons « la pomme tombe *parce que* » ; en histoire, nous disons « cet événement est arrivé *parce que* ». P. Veyne a raison d'affirmer par contre que les faits des sciences physiques sont généraux alors qu'en sciences historiques ils sont particuliers. Ici, en effet, peut être posée une différence entre sciences de la nature et sciences sociales. Il en résulte que les lois des sciences sociales ne pourront jamais prétendre à l'universalité des lois de la nature. En récusant les conceptions épistémologiques de R. Dworkin, nous en venons à rejeter le type de rapport qu'il pose entre une observation et une interprétation. Une observation sans une interprétation n'est rien ; ou, si l'on veut, elle peut tout être. Par contre, une interprétation, elle, ne pourra pas tout être. Il faut ainsi poser différemment le rapport entre ces deux notions. Qu'un homme lève son chapeau ne signifie rien en soi ou, pour dire la même chose, cela signifie tout ce que l'on veut. Mais une règle de courtoisie ne renvoie pas à n'importe quoi ; son histoire, à elle seule, ne peut pas même limiter des interprétations fantaisistes ; comme l'affirme R. Dworkin, après tout, et d'ailleurs en conformité avec sa première thèse sur l'interprétation⁶², l'histoire renvoie d'abord au récit d'un narrateur : la vérité historique

60. S. JORGENSEN, *ibid.*, nous rappelait la parabole des sept sages qui décrivent un éléphant. Cette parabole montre que « our cognition is fragmentary delimited by our ability to grasp reality and the instruments we are using in the cognitive process and by the interests which are lying behind are put. It is obvious that we do not get an answer to questions that we have not yet asked and we get the answers that our instruments are capable of providing ».

61. Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, suivi de *Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, Seuil, 1979 (« Points : Histoire », 40).

62. Cf. p. 315 et n. 56.

repose en dernière instance sur la façon dont on raconte l'histoire, sur le récit lui-même.

Avec R. Dworkin nous posons bien que le droit est un concept interprétatif dont la justification est de nature narrative, mais nous nous éloignons de lui lorsqu'il s'agit de définir la nature de cette narration. Pour ce faire, qu'il nous soit permis de retourner une dernière fois aux travaux de N. MacCormick et en particulier à l'ouvrage qu'il a écrit avec O. Weinberger⁶³. L'introduction affirme qu'une science juridique sans considération de la réalité sociale est inconcevable⁶⁴ ; et que toute la difficulté consiste à rendre compte précisément de cette réalité : « legal and other social facts are matters of institutional fact. » Les faits sociaux ne sont pas seulement vrais parce qu'ils dépendent du monde matériel et des relations causales que l'on peut poser entre ses éléments. Ils sont vrais en vertu d'une *interprétation de ce qui arrive dans le monde*, d'événements vus à la lumière d'actions humaines et de normes. L'ouvrage entend ainsi souligner l'interaction entre des normes existantes et des traits observables de la vie sociale⁶⁵.

Les normes et les actions individuelles, ou l'ordre social, dans leur aspect observable sont les deux faces de la même pièce⁶⁶. Le but des auteurs sera de reconstruire, par une approche de type herméneutique, la sphère des règles normatives, des buts et des valeurs qui constituent les éléments de base des institutions, tout en rendant compte des besoins sociaux qu'ils satisfont. Citant J. Searle, N. MacCormick dit qu'une proposition, dont la vérité ne dépend pas essentiellement de l'occurrence d'actes ou d'événements dans le monde mais aussi de l'application de règles, est une proposition de « fait institutionnel »⁶⁷. *La connaissance du monde du droit est aussi une connaissance du monde des faits* qui doit être cohérente (rappelons-le, ce n'était pas le cas avec R. Dworkin). N. MacCormick voit un cercle vicieux lorsqu'un savoir sur une action normative, telle que le droit, est élaboré à partir de la notion de fait institutionnel qui, elle-même, renvoie à l'interprétation d'événements par référence à un ordre normatif. Le cercle est-il réellement vicieux ? Nous allons essayer de montrer que non ; notre réponse sera une herméneutique qui devra traiter conjointement deux types de difficultés : la première porte sur la nature de la normativité, la seconde sur la nature de

63. Neil MACCORMICK, OTTO WEINBERGER, « The Institutional Theory of Law », in *New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986.

64. *Ibid.*, p. 7.

65. *Ibid.*, p. 20.

66. *Ibid.*, p. 26.

67. *Ibid.*, p. 51. Voir aussi, p. 52-53, la distinction opérée par N. MacCormick entre trois types de règles.

ces faits (« faits juridiques »). L'hypothèse de la cohérence narrative comme fondement de la rationalité juridique peut ici opérer.

III. — HERMÉNEUTIQUE ET COHÉRENCE NARRATIVE

La tâche de l'herméneutique est d'adapter le sens d'un texte à la situation concrète dans laquelle son message est reçu ; l'un des intérêts majeurs de *Vérité et méthode* de H.G. Gadamer⁶⁸ est d'avoir posé le problème de l'application au cœur de toute herméneutique⁶⁹. L'herméneutique juridique, en effet, se constitue par la « tension » entre le texte donné et le sens de son application à l'instant concret de l'interprétation, par exemple à travers une décision contentieuse. Le droit n'existe que par « référence à l'existant »⁷⁰ et nous verrons que par là toute interprétation est créatrice. D'une part, l'interprétation n'est pas un acte séparé de la compréhension : *comprendre un texte c'est déjà l'interpréter* ; l'interprétation, en d'autres termes, est la forme explicite de la compréhension⁷¹. D'autre part, au sein même de la compréhension, il se produit une sorte d'application du texte à comprendre⁷² ; comprendre le texte de façon adéquate, conformément à son esprit, implique déjà l'obligation de comprendre le texte de façon nouvelle et différente à chaque instant, dans chaque situation concrète⁷³. *Comprendre c'est aussi déjà appliquer*. L'interprétation est donc une compréhension qui fait corps avec l'application. C'est le premier point que nous enseigne H.G. Gadamer ; il en est un second tout aussi capital. Betti avait cru pouvoir distinguer⁷⁴ entre trois types d'interprétation : cognitive, normative, reproductrice⁷⁵ ; H.G. Gadamer fait remarquer la difficulté de répartir les diverses catégories d'interprétation entre ces trois types. Il relève que la « faille » entre

68. Hans Georg GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. d'Étienne SACRE, rev. par Paul RICEUR, Paris, Seuil, 1976.

69. *Ibid.*, p. 148 sq.

70. Ph. I. ANDRÉ VINCENT, *art. cit.*, in *op. cit. supra* n. 6, p. 135.

71. *Ibid.*

72. « à la situation présente de l'interprète », précisera H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 149.

73. L'auteur rappelle que l'étroite interdépendance, qui, à l'origine, unissait l'herméneutique philologique à l'herméneutique juridique et à l'herméneutique théologique, reposait sur la reconnaissance de l'application comme partie intégrante de toute compréhension. Une loi par exemple devra se concrétiser dans sa valeur juridique à travers l'interprétation.

74. Emilio BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, 2 vols, Milan, 1956.

75. « Artistique », pourrions-nous dire aussi.

fonction cognitive et fonction normative passe au milieu même de l'herméneutique⁷⁶ et ne peut pas être comblée en distinguant la connaissance « scientifique » de l'application édifiante ultérieure. Cette position est inattaquable si l'application devient une partie constituante de l'interprétation ; elle nous amène à abandonner la distinction opérée par N. McCormick⁷⁷ entre cohérence normative et cohérence narrative. Une telle distinction présuppose, encore une fois, la séparation préalable entre fonction cognitive et fonction normative. Or, l'attribution du sens d'un texte juridique et son application à un cas concret ne sont pas deux actes séparés mais un processus unitaire. La distinction opérée par N. McCormick nous apparaît pour cela inopérante. Distinguer une fonction normative et une fonction cognitive revient à démembrer complètement ce qui de toute évidence ne doit faire qu'un⁷⁸ : le sens de la loi qui s'atteste dans son application normative ne différera pas en son principe du sens de la chose qui se fait valoir dans la compréhension d'un texte. Sans doute R. Dworkin a raison de dire que chacun doit donner ce qu'il croit être la meilleure interprétation (pour une finalité définie) au document qui lui est soumis. Par le raisonnement juridique, vont s'expliciter des notions qui demeurent très souvent implicites (nous les appelons extra-législatives au début de notre propos). Pour rendre compte de l'existence de ces notions implicites, nous savons que R. Dworkin s'appuie sur l'exemple de la méthode littéraire ; ce n'est peut-être pas surprenant dès lors que la fonction cognitive du droit n'est pas abordée chez cet auteur. Mais l'exemple ne peut plus être pertinent si cette question devient centrale. Dans la littérature, le récit n'est nullement contraint par le réel, quelque idée que nous en ayons, cette position est intenable lorsqu'il s'agit de comprendre un « récit juridique ». La méthode historique, par

76. H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 150. Les travaux autour du débat Betti/Gadamer, l'influence du premier sur le dernier... ont été et sont encore extrêmement importants et pas seulement sur le vieux continent. Voir, par ex., Ronard R. GARET, « Comparative Normative Hermeneutics : Scripture, Literature, Constitution », *Southern California Law Review*, vol. 58, 135, p. 37-127 ; David Couzens HORG, « Interpreting the Law : Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives », *Southern California Law Review*, vol. 58, 135, p. 136-171. Il est à noter que les tout derniers travaux de la sociologie juridique allemande, en particulier ceux de Nichlas LUHMANN, Gunter TEUBNER, éd., *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York, W. de Gruyter, 1988, semblent redécouvrir le principe de cette distinction. Il s'agit pour ces travaux de concevoir tout à la fois une « fermeture normative » et une « ouverture cognitive ».

77. *Supra* p. 311 sq.

78. Est absente de l'œuvre de R. Dworkin, l'analyse de cette fonction que nous appelons cognitive ; ce qui évidemment n'est pas sans incidence quant au problème des « principes » que l'auteur tente de découvrir à travers l'ordre normatif, défini comme une cohérence narrative. Narrative car il s'agira d'un récit... mais sur des règles. Nous parlerons quant à nous de cohérence narrative précisément pour décrire l'unité entre la fonction normative et la fonction cognitive.

contre, peut s'avérer extrêmement intéressante, si de surcroît nous voyons l'histoire, avec P. Veyne, comme un roman vrai⁷⁹. Dans la « chaîne du droit »⁸⁰, le juriste n'est pas seulement confronté à la seule cohérence de l'ordre normatif qu'il construit en dégagant des principes, transcendant l'ordre positif, il l'est également à la mise en forme d'un réel qui vient perturber la conception cohérente de l'ordre juridique. L'image de juristes vus comme des romanciers qui, les uns après les autres, doivent poursuivre l'œuvre commencée en maintenant-développant sa forme et son esprit, nous semble juste : un ensemble de décisions (ou une décision) agira comme repère pour la suivante. Mais cette image nous paraît en même temps insuffisante ; les principes, forme et esprit de l'œuvre, ne résultent jamais à nos yeux de la seule cohérence normative. Tout le droit antérieur à la décision d'un juge constitue une histoire qu'il faut interpréter (comprendre-appliquer), avec ses décisions éventuellement innombrables, ses structures, ses conventions, ses pratiques... Une réflexion sur l'interprétation historique apparaît donc indispensable à l'interprétation juridique. Nous savons aussi que pour une décision, contentieuse ou non, il n'existe pas de preuve directe possible pour des questions de fait à partir d'une observation immédiate. Le juriste, en d'autres termes, se trouve bien dans la situation d'un historien ou réciproquement, si l'on veut. La méthode historique est donc centrale : le devoir d'un juge est d'interpréter l'histoire juridique⁸¹ puisqu'il prétend tantôt agir comme par le passé, tantôt y renoncer (« revirement de jurisprudence »), et que ses décisions, d'autre part, font partie d'une histoire qu'il faut d'abord interpréter et, ensuite, continuer, conformément au jugement qui la rendra la meilleure possible, pour parler comme R. Dworkin.

L'herméneutique contemporaine avec H.G. Gadamer s'est déjà engagée dans cette voie. Celui-ci compare deux situations : celle de l'historien du droit et du juriste qui doivent travailler sur le même objet : un même texte législatif donné et en vigueur. Ce texte sera ainsi interprété tantôt d'un point de vue historique, tantôt d'un point de vue juridique. La première objection à une assimilation des herméneutiques consiste à dire que le juriste saisit le sens de la loi sur la base d'un cas donné et en vue de ce cas donné alors que l'historien du droit ne dispose

79. Définition qui nous est donnée de l'histoire dans le merveilleux livre de P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61.

80. Pour reprendre l'expression de R. DWORKIN, « How Law Is Like Literature », p. 146 sq., in *A Matter of Principle*, *op. cit. supra* n. 38 ; ID., *op. cit. supra* n. 4, p. 228-275.

81. « Et non pas d'en inventer une meilleure », cf. R. DWORKIN, *art. cit. supra* n. 80, p. 160. Cette idée, constante depuis deux siècles et selon laquelle le juge ne doit pas « inventer » quoi que ce soit, est une des conséquences majeures de la théorie de la séparation des pouvoirs où seul le législateur est fondé à créer des lois. L'application du droit ne doit pas, de ce fait, apparaître comme création (invention) du droit.

pas d'un cas dont il puisse partir mais s'emploie au contraire à déterminer le sens de la loi en reconstruisant son domaine entier d'application⁸². Pourtant, par l'exercice de la *compréhension*, il faut que l'historien du droit opère une médiation entre l'application première de la loi et son application contemporaine. Dès lors, faisons remarquer, en suivant H. G. Gadamer, que le juriste, en effectuant l'adaptation exacte du sens de la loi, doit d'abord connaître le sens premier impliqué par son énoncé. Il est en ce sens historien du droit⁸³, tout comme nous disons que l'historien du droit est juriste. L'objection se trouve ainsi repoussée.

La seconde objection à l'assimilation des herméneutiques fait valoir qu'il est naturel de penser que le sens juridique d'une loi en vigueur est univoque et que la pratique juridique du présent se conforme simplement à son sens premier⁸⁴. S'il en était ainsi, la question du sens d'une loi sur le plan juridique et historique serait une seule et même question. La théorie interprétative du « respect de la volonté du législateur », à laquelle Saleilles, Gény... ont en leur temps répondu, s'inspire évidemment d'une telle conception. Nous savons qu'il s'agit là d'un argument rhétorique, d'une fiction insoutenable : le sens premier contenu dans une loi et le sens appliqué dans la pratique juridique en arrivent à se détacher l'un de l'autre⁸⁵, puisque nous savons désormais qu'un contenu normatif se détermine dans son application à un cas concret. Ainsi, force est de reconnaître que la notion de sens premier d'un texte ne peut être dégagée qu'à partir de la connaissance historique de ce sens premier et à travers l'application qui fut faite de cette loi. L'approche est donc à la fois positiviste et historique. L'historien du droit ne fait-il pas exactement la même chose que le juge (ou la doctrine) lorsqu'il distingue le sens premier contenu dans le texte juridique du contenu juridique que l'on donne au moment où on interprète ce texte ? Le juriste et l'historien sont donc bien confrontés au même problème puisqu'il ne peut y avoir d'accès direct à l'objet historique.

L'ultime objection portera sur l'hypothèse elle-même à partir de

82. Voir H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 166 sq.

83. Il est peut-être un peu excessif aussi de limiter la question de l'application du droit à la seule fonction du juge. La doctrine, lorsqu'elle propose — ainsi que nous avons dit — un sens à la loi, procède à une « application » du droit puisque son contenu normatif, lorsqu'il s'agit d'interpréter, doit se déterminer au contact du cas concret auquel on prétend l'appliquer.

84. H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68.

85. Eugène GAUDEMET, *L'Interprétation du Code civil en France depuis 1814*, Conférences données à l'Université de Bâle le 30 nov., 7, 14 et 21 déc. 1923, Paris/Bâle, *Recueil Sirey*, 1935 : « Une description d'ouvrages, même raisonnée, même critique, serait impuissante à faire apercevoir la vie intime de la science du droit civil français, le principe de développement qui l'a fait évoluer, depuis plus de cent vingt ans, au point de le transformer radicalement, en présence d'un Code dont toutes les lignes essentielles sont pourtant restées immuables » (nous soulignons).

laquelle ces deux herméneutiques sont rapprochées, celle de l'historien du droit et celle du juriste qui travaillent sur un *même* texte, en vigueur. Nous verrons avec P. Ricœur la relation entre passé et présent instituée par l'herméneutique juridique, mais nous pouvons déjà dire, à la suite de nos développements précédents, que dans l'actualisation d'un texte (qui n'est pas une « invention » arbitraire de sens) comprendre et interpréter consistent à connaître et reconnaître un sens « acceptable » à ce texte. *Le présent du juriste c'est aussi son histoire*⁸⁶ car, ne l'oublions pas, son travail consiste à décider comme par le passé et à rendre, comme continuum, la tradition juridique toujours meilleure. Par l'acte d'interprétation, le juriste est toujours historien. En quoi maintenant l'historien du droit est-il toujours juriste ? Pour répondre à cette question nous allons devoir nous référer aux travaux de P. Veyne sur la méthode historique. Cet auteur nous apprend comment se construit le « sens de l'histoire » : l'historien qui veut comprendre la loi sur la base de la situation historique première ne peut absolument pas faire abstraction de son efficacité juridique ultérieure. La tradition historique est interrogée à partir du présent, tout comme nous savons donner sens au présent à partir d'une lecture du passé. Dans l'acte d'interprétation, le juge, la doctrine... sont *créateurs* de droit dans la mesure où la compréhension suppose, d'une part, la relation vivante de l'interprète au texte et, d'autre part, un rapport préalable à « la chose transmise par le texte »⁸⁷. Toutes les doctrines de l'interprétation en sciences juridiques posent depuis deux siècles, depuis l'avènement de ce que l'on nomme aujourd'hui l'État de droit (fidèles en cela au respect des principes fondamentaux que sont la séparation des pouvoirs et la souveraineté du législateur), que le juge ne peut être créateur de droit et donc qu'au cours de l'opération d'interprétation il ne peut « inventer » quoi que ce soit⁸⁸. La conception, l'interprétation, que les doctrines ont (ou ont eue) de ces deux principes les amènent à méconnaître gravement ce qui constitue l'activité réelle des juges dans l'opération d'interprétation. Oui, bien sûr, ceux-ci « inventent », mais encore faut-il que nous nous entendions sur ce terme. C'est seulement dans l'interprétation que se concrétise le sens du texte qu'il s'agit d'appliquer mais, en retour, cette interprétation reste entièrement liée au texte. Pour le dire autrement, l'interprétation juridique n'est pas une invention

86. H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 174.

87. *Ibid.*, p. 174 : citant Bultmann, H. G. Gadamer parlera de « précompréhension ».

88. Ce verbe revient toujours, systématiquement, pour bien affirmer ce en quoi *ne doit pas* consister l'opération d'interprétation. Cf. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, XI, 6 : « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. »

arbitraire. Le vrai problème est de savoir comment la compréhension se « mesure » : quels sont les critères de l'invention acceptable ? R. Dworkin a été confronté à ce problème et nous savons que sa réponse renvoie aux « principes », ou « standards », qu'il situe *au-delà de la positivité même du droit* ; sa méthode interprétative consiste précisément à les identifier. Nous avons posé, quant à nous, que la tâche de l'herméneutique est de « comprendre l'énoncé d'un texte sur la base de la situation concrète dans laquelle il est formulé »⁸⁹ ; il en résulte que la source de la compréhension n'est à rechercher que dans la positivité même du droit⁹⁰, son « a priori concret » pour parler comme Foucault, et sans mettre de différence entre une herméneutique historique et une herméneutique juridique.

L'interprétation n'est pas libre — l'invention du juge ou de la doctrine n'est pas arbitraire — elle est soumise à un contrôle de la part de la société ; il porte sur les cheminements intellectuels qui conduisent à la décision tout comme sur les raisonnements qui soutiennent la proposition. Pour cette raison, celle-ci est obligatoirement motivée de manière technique ; un lien très étroit existe entre les modes d'interprétation des lois et les techniques de motivation des décisions. C'est donc à travers le « raisonnement » juridique que s'exerce le contrôle social⁹¹ : les décisions qui attribuent aux documents normatifs, aux énoncés juridiques, un sens particulier sont motivées et argumentées sur la base de schémas juridiques considérés comme « corrects ». Le contrôle se fait ainsi à travers l'élaboration⁹², explicite ou implicite, consciente ou non, immédiate ou réflexive, théorisée ou pas, des règles de raisonnement « correct » : elles visent à attribuer ou à proposer un sens aux énoncés. Si nous avons pu définir le droit comme un concept interprétatif c'est parce qu'à nos yeux le droit tout entier réside dans l'acte d'énonciation du texte juridique ; avant cela il n'est que latent. Connaître le droit équivaut à dire le droit (et « comprendre c'est déjà appliquer ») ; cette énonciation doit être technique, la technique de la science juridique est la forme de contrôle que la société exerce sur l'activité des juristes. Parce que le droit réside dans l'acte d'énonciation, si chaque interprète se trouvait libre

89. H. G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 175.

90. Donnons maintenant la définition finale du concept de droit (voir p. 307) : l'interprète relève (pour ce qui a trait au passé éloigné ou pas) et décide ou propose le sens à attribuer à un document, constitué par un ou plusieurs énoncés, dont le sens n'est pas préconstitué à l'activité de l'interprète mais en est le produit. Avant l'activité d'interprétation, le document, objet de l'interprétation, exprime une ou plusieurs « normes », entendues comme le sens qui a été donné ou qu'il a été décidé de donner ou qu'il a été proposé de donner à un document.

91. Voir G. TARELLO, *op. cit. supra* n. 15.

92. *Ibid.*

dans la manière de dire le droit, celui-ci ne répondrait plus aux obligations auxquelles il est astreint depuis la période moderne et qui sont principalement des tâches d'organisation rationnelle de la vie sociale (la fonction de prévisibilité). Dans l'acte de dire le droit, les interprètes sont tenus par de nombreuses règles qui, mises ensemble, devront tendre à un seul but : la cohérence. La technique juridique est ce qui fixe une « syntaxe » pour aller du sens de l'énoncé juridique d'application à la cohérence du discours juridique. Mais rien de plus. C'est retrouver ici les travaux de R. Dworkin. L'interprète dit le droit, l'ensemble de toutes les interprétations doit être cohérent. Par là, nous satisfaisons à la fonction de prévisibilité du droit. Considérer le monde du droit comme doué de cohérence, c'est un choix de l'organe d'application, non un caractère intrinsèque du discours juridique⁹³. Ce choix s'impose, avec la période contemporaine, dans des mondes juridiques à structure codifiée (comme notre droit continental) ou non (comme dans la *common law*).

Le fondement du raisonnement juridique est la cohérence ; sa nature est narrative, ainsi que nous allons le voir pour conclure. Nous avons refusé de distinguer entre fonction normative et fonction cognitive du droit, arguant du fait que comprendre (c'est-à-dire interpréter) c'est déjà appliquer. L'action de compréhension est en ce sens liée à la représentation des situations. Acceptant la similitude de l'herméneutique historique et de l'herméneutique juridique, H.G. Gadamer refusait pourtant une assimilation entre la méthode juridique et la méthode historique. L'historien, disait-il, creuse sous les textes pour leur arracher un aveu qu'ils ne veulent et ne peuvent faire spontanément⁹⁴. En ce sens, pensait l'auteur, l'historien prend envers ses textes l'attitude du juge d'instruction lors de l'audition des témoins. Pourtant (et ce sera là la grande différence qui interdit tout rapprochement entre la méthode juridique et la méthode historique), il ne s'agit pas en histoire de la simple constatation des faits... mais de la compréhension du sens qui émane des constatations⁹⁵. Nous devons donc en déduire qu'inversement, pour les juristes, il n'est question que de constater les faits lorsqu'il s'agit de dire le droit. H.G. Gadamer verra dans les témoignages historiques et les déclarations de

93. Voir *ibid.* : la structure de l'organisation judiciaire, par sa hiérarchisation, est un moment essentiel à la cohérence juridique mais aussi la culture juridique : les opérateurs juridiques apprennent que le droit est « un système de normes », celles-ci étant « préconstruites » et regroupées dans un « système complet ». S'impose l'idée que chaque raisonnement juridique est constitué d'un énoncé normatif, qui est un document formel de la législation, ou le document formel le plus élevé dans la hiérarchie des sources...

94. H.G. GADAMER, *op. cit. supra* n. 68, p. 179 : resurgit ici assez curieusement cette ancienne idée de la « découverte » qu'un lecteur fait par et dans le texte.

95. *Ibid.*

témoins en justice le même phénomène : un auxiliaire de la constatation des faits⁹⁶. Mais, selon nous, l'auteur s'est arrêté à mi-chemin du parcours qu'il aurait dû normalement accomplir⁹⁷. Pour les textes, la compréhension est une application mais qu'en est-il du réel lui-même⁹⁸ ? Quelle compréhension en avons-nous ? Que la compréhension soit liée à l'application veut dire qu'elle est liée à la représentation du réel ; mais comment cette opération s'opère-t-elle ? Nous avons dit ailleurs⁹⁹ que l'expression « constater des faits », théorie interprétative par laquelle on prétend décrire le réel, est particulièrement malheureuse. Un juge, la doctrine... ne constatent pas des faits. Ou plutôt, la constatation des faits n'est pas immédiate, directe, comme cette expression le laisse supposer. Ces faits appartiennent à un ordre qui relève de l'acte herméneutique lui-même : interpréter un texte c'est déjà construire des faits. Le témoin, auquel se réfère H.G. Gadamer, n'est pas un auxiliaire dans la constatation des faits, c'est un personnage qui participe à leur élaboration. La pensée positive déclare que le sens d'un texte est donné, tout comme le sont les faits lors de l'opération d'interprétation. Nous tenons, de notre côté, que les faits ne sont pas plus donnés que le sens du texte, dans l'acte d'application. Autrement dit, « constater l'état d'une jurisprudence », par exemple, ce n'est jamais la répéter complètement. L'historien, tout comme le juriste, ne peut jamais saisir directement ni complètement un événement ; de là le mot de P. Veyne : l'histoire est un récit d'événements¹⁰⁰, « un roman vrai ». Le fait du juriste est le fait de

96. *Ibid.*, p. 182.

97. Pour Luigi MENGONI, *art. cit. supra* n. 11, p. 116, H. G. Gadamer serait au contraire allé trop loin et ce pour trois raisons. Parce que, premièrement, l'historien doit toujours être prêt à interrompre l'approche herméneutique conduite avec les modèles de son expérience quand elle ne remplit pas les « conditions de sens attendues ». Mais l'objection que nous pouvons adresser à Mengoni porte sur la question de savoir d'où serait issu ce « sens attendu » ? La deuxième critique porte sur l'expression utilisée par H.G. Gadamer pour désigner la médiation entre passé et présent, « application », sous prétexte que cette expression a un sens très marqué en sciences juridiques. Pourtant toute la question est de savoir ce que recouvre l'activité d'interprétation en sciences juridiques ou en histoire. Ayant montré en quoi cette activité est semblable pour les deux disciplines, nous estimons, quant à nous, l'utilisation de ce terme parfaitement fondée. La troisième et dernière critique de Mengoni à Gadamer reprend la thèse de Betti entre les divers types d'interprétation en affirmant que, contrairement à l'interprétation historique, l'interprétation juridique est normative. Nous considérons que le rejet de cette distinction et la justification qu'en donne Gadamer sont tout à fait convaincants.

98. Jan M. BROEKMAN relevait également ce point dans l'article « Changes of Paradigm in the Law », in *op. cit. supra* n. 7, p. 141 : « Reality is said to be present in the files on the desk of the judge. Reality is said to be mirrored in those pages but it is not expressed in how far the legal reality is produced throughout the textualising processes. The rules concerning the application of norms to situations are rules referring to texts. »

99. Cf. Patrick NERHOT, éd., *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht, Reidel, 1989.

100. P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61, p. 14 sq.

l'historien : les faits historiques ont une « organisation naturelle »¹⁰¹ une fois que l'historien a choisi son sujet, tout comme les faits juridiques prouvent quelque chose dès lors que, préalablement, ont été posées les règles de droit à partir desquelles on entend régler un conflit. Les faits, historiques ou juridiques, n'existent pas isolément mais ont des liaisons objectives. « Le choix d'un sujet d'histoire est libre, mais, à l'intérieur du sujet choisi, les faits et leurs liaisons sont ce qu'ils sont et nul n'y pourra rien changer »¹⁰². De même on peut préférer s'appuyer sur les règles civilistes du contrat plutôt que sur des règles du droit du travail lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit du travail, mais une fois que ce choix est fait n'importe quel fait ne peut être évoqué. La raison en est, selon P. Veyne, que « le tissu de l'histoire est une intrigue », tout comme d'ailleurs nous parlons d'intrigue judiciaire. Le fait n'est rien sans son intrigue, il n'y a pas de fait sans source normative. Comprendre un texte juridique c'est déjà l'appliquer, c'est-à-dire se représenter des situations. Il faut voir une « quasi-identification »¹⁰³ entre la représentation de situations et l'agencement des faits. L'intrigue est cette représentation de l'action et elle nous « impose de penser ensemble et de définir l'une par l'autre la représentation de l'action et l'agencement des faits »¹⁰⁴. La compréhension d'un texte, l'interprétation, est liée à la représentation d'un réel ; activité mimétique, dit P. Ricœur, puisqu'elle produit quelque chose, précisément l'agencement des faits par la mise en intrigue. Les juristes, comme les historiens, racontent des intrigues ; ce sont « autant d'itinéraires qu'ils tracent à leur guise à travers le très objectif champ événementiel (lequel est divisible à l'infini et n'est pas composé d'atomes événementiels) »¹⁰⁵. L'intrigue est une œuvre de synthèse : par sa vertu, des buts, des causes, des hasards sont rassemblés ; l'intrigue d'un récit « met ensemble et intègre dans une histoire entière et complète des événements multiples et dispersés et ainsi schématise la signification intelligible qui s'attache au récit pris comme un tout »¹⁰⁶. Pour cette raison, nous avons pu dire qu'il y a forcément dans l'opération d'interprétation un aspect inventif auquel le juge, par exemple, est condamné : la représentation du réel effectuée lors de la compréhension d'un texte n'est jamais le pur

101. *Ibid.*, p. 35.

102. *Ibid.*

103. P. RICŒUR, *Temps et Récit*, Paris, Seuil, 1983, p. 57-58.

104. *Ibid.*, p. 59.

105. P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61, p. 38 ; cf. *ibid.*, p. 39 : « Les événements ne sont pas des choses, des objets consistants, des substances ; ils sont un découpage que nous opérons librement dans la réalité, un agrégat de processus où agissent et pâtiennent des substances en interaction, hommes et choses. »

106. P. RICŒUR, *op. cit. supra* n. 103, p. 11. Également P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61.

décalque d'un réel préexistant, déjà traduit dans une décision antérieure, elle est « imitation créatrice »¹⁰⁷. Le raisonnement juridique a une structure narrative¹⁰⁸ et l'intrigue juridique va être médiatrice. Elle est premièrement la médiation entre des événements, des faits, et un récit, une histoire, pris comme un tout. Un fait ne reçoit de définition que par sa contribution au développement de l'intrigue. Tout ordre de fait devient gibier pour l'historien, dit P. Veyne, dès lors qu'il a à sa disposition des concepts et des catégories qui permettent de l'appréhender¹⁰⁹. En retour, l'intrigue est plus qu'une énumération d'événements, de faits ; elle les organise dans une totalité intelligible (et l'on parlera pour l'interprétation juridique, de « faits pertinents », « faits concluants »...). Elle est donc acte configurant : elle permet d'énoncer le sens de la règle. Interpréter un texte, comprendre un texte c'est aussi comprendre comment et pourquoi certains faits servent de support aux arguments techniques, permettent le raisonnement juridique et une conclusion qui, loin d'être prévisible, doit apparaître comme « raisonnable ». P. Ricœur montre que la configuration de l'intrigue impose à la suite indéfinie des incidents le « sens du point final »¹¹⁰ : suivre une histoire familière,

« c'est moins enfermer les surprises ou les découvertes dans la reconnaissance du sens attaché à l'histoire prise comme un tout qu'appréhender les épisodes eux-mêmes bien connus comme conduisant à cette fin »¹¹¹.

Par l'intrigue, nous apprenons ainsi à lire la fin dans le commencement et le commencement dans la fin. L'intrigue nous amène à une analyse de

107. P. RICŒUR, *op. cit. supra* n. 103, p. 76. Cette approche herméneutique éclaire singulièrement le travail de Pierre BOURDIEU, « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, sept. 1986, p. 3-19, qui montre en quoi le juge est condamné à « créer de la neutralité ». Cette neutralité est le fait d'une médiation : « La situation judiciaire fonctionne comme un lieu neutre, qui opère une véritable neutralisation des enjeux à travers la déréalisation et la distanciation impliquées dans la transformation de l'affrontement des intéressés en dialogue entre médiateurs » (p. 9). C'est parce que l'acte interprétatif est créatif en lui-même que des structures et règles sont élaborées, dont le but est d'effacer, de rendre *invisible*, cette création. La langue juridique elle-même participe à cette occultation : « [la langue juridique] qui, combinant des éléments directement pris à la langue commune et des éléments étrangers à un système, porte toutes les marques d'une rhétorique de l'impersonnalité et de la neutralité » (p. 15).

108. Voir également, J. M. BROEKMAN, *art. cit. supra* n. 98, p. 142 : « The texts form a topology of the legal paradigm. This textuality is not a linear phenomenon and the textual character of legal discourse is not characterized by linearity [...] The legal dogmatic paradigm is characterized by the fact that it transforms narrative structure into linear products. »

109. Le fait juridique ne fait pas exception à cette règle ; nous renvoyons, par ex., à Gérard FARJAT, *Droit économique*, Paris, P.U.F., 1982, qui dénonce tout à la fois (et pour cause) l'absence de règles en droit économique et l'absence de... faits économiques.

110. P. RICŒUR, *op. cit. supra* n. 103, p. 105.

111. *Ibid.*

type circulaire que N. MacCormick considérerait comme vicieuse¹¹². Pourtant il n'y a pas cercle vicieux mais « régression à l'infini »¹¹³. N'ayant pas d'accès direct et immédiat aux événements, avons-nous dit, le juriste est confronté à la difficulté de la rétrodiction, au sens de P. Veyne¹¹⁴ : c'est un problème de probabilité des hypothèses. Par rétrodiction de l'effet, on essaie de remonter à sa cause hypothétique : « Les faits historiques qui sont en apparence les plus consistants sont en réalité des conclusions qui comprennent une proportion considérable de rétrodiction », remarque P. Veyne, et nous savons que cela est tout aussi vrai pour les faits juridiques. Les débats judiciaires sont riches de ces intrigues où « tous les faits montrent » que telle personne est sûrement coupable. Mais, contrairement à l'intrigue qui met en scène des personnages disparus, ici, dans l'hypothèse où les acteurs incriminés sont vivants et présents¹¹⁵, la rétrodiction peut être à peu près certaine. Si nous avons cru pouvoir rejeter la distinction de R. Dworkin entre sciences de la nature et sciences juridiques sous le prétexte que ces dernières ne pourraient pas être comprises à partir de principes explicatifs de type causal, c'est que nous considérons au contraire que les sciences juridiques mettent en jeu une explication de type causal. La différence ne passe pas entre les faits des sciences physiques et les faits des sciences juridiques mais entre l'interprétation en sciences physiques et l'interprétation en sciences juridiques¹¹⁶. Dans les premières, on subsume des faits sous des lois, alors que dans les secondes on les intègre au sein d'intrigues. La mise en intrigue est ce qui qualifie un fait comme « fait juridique »¹¹⁷. L'historien est dans la même situation que le juriste confronté à une contestation réelle qui tente de prouver la supériorité d'une explication sur une autre. Chez R. Dworkin, pourtant, les faits ne sont pas un problème puisque la lecture du réel est directe, immédiate ; il énonce néanmoins¹¹⁸, qu'à côté des « faits bruts », existent des faits qui ont une certaine consistance narrative et permettent une meilleure interprétation. De notre côté, nous dirions plutôt que l'idée de fait brut est déjà la conséquence d'une théorie interprétative au sein de laquelle l'intrigue, par sa cohérence, crée des faits ayant consistance narrative. Les faits bruts

112. *Supra*, p. 317.

113. P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61, p. 74.

114. *Ibid.*, p. 97.

115. Ou déterminés, ce qui est parfois un problème, par ex., en droit économique avec les pratiques des trusts, filiales...

116. Voir P. VEYNE, *op. cit. supra* n. 61, p. 21.

117. Nous disons aussi « fait d'espèce ».

118. R. DWORKIN, « Is There Really no Right Answer in Hard Cases ? », in *A Matter of Principle*, *op. cit. supra* n. 38, p. 139.

ne seraient donc pas opposés à des faits ayant une certaine cohérence narrative, ils auraient le même statut et seraient, par conséquent, le produit même de l'intrigue.

Lorsque les règles sont perçues comme non contradictoires, lorsque le contrôle social est lié seulement à l'imitation des précédents « produit-application » de règles, le travail juridique consiste alors à individualiser le document dont on extrait une prémisses normative. Nous rencontrons ici le travail herméneutique. L'individualisation du document, l'énoncé d'une prémisses normative constituent une imitation créatrice ; aucune décision, proposition, n'exprimeront jamais une vérité juridique qui se reconnaîtrait par la suite systématiquement et objectivement. Ce qui éventuellement sera repris, ce n'est pas la vérité quelconque d'une réalité extérieure à la règle, et qui viendrait rencontrer une règle préconstruite, dont le sens, intrinsèque, s'imposerait à l'interprète, une rencontre dont naîtrait un code social objectif, rationnel et prévisible. Ce qui est repris, c'est un *modèle*¹¹⁹. La cohérence narrative, structure du raisonnement juridique, renvoie ainsi à une succession de modèles. C'est un phénomène d'imitation, mais d'imitation créatrice¹²⁰.

Patrick NERHOT,
Institut universitaire européen,
Florence.

119. La métaphore de R. Dworkin de la chaîne des romanciers, écrivant les uns à la suite des autres le même roman pour décrire l'activité des juges, exprime pour cette raison à nos yeux quelque chose de juste.

120. L'imitation créatrice, grâce à la notion de modèle, pourra aussi être une règle de raisonnement de type autoritaire (décision d'une cour supérieure que l'on entend imposer aux juridictions inférieures), argument que nous retrouvons en « common law » ou en « droit codifié ».