

REVUE D'HISTOIRE DES FACULTÉS DE DROIT ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 4 :

***LE SENS DES LOIS,
HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION
ET DE LA RAISON JURIDIQUE***
(Bruylant, 3^e éd., 2011),

de BENOÎT FRYDMAN

Journée d'étude organisée le 16 mars 2018 à l'université
Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 15 mars 2022.

Pour citer cet article : Rémy Libchaber, « Usage de l'interprétation
pour le droit privé : une lecture du *Sens des lois*, de Benoît Frydman », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, *Lectures de...* n° 4 : *Le sens des
lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (Bruylant, 3^e éd.
2011), de Benoît Frydman, p. 1-15.

[<https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437316/lecture-de-frydman-8-usage-de-linterpretation-r-libchaber.pdf>]

**USAGE DE L'INTERPRÉTATION
POUR LE DROIT PRIVÉ
UNE LECTURE DU *SENS DES LOIS*,
DE BENOÎT FRYDMAN**

Rémy LIBCHABER
Professeur de droit privé,
École de droit de la Sorbonne

L'avantage d'évoquer un ouvrage paru il y a une quinzaine d'années, c'est qu'il suffit de constater qu'il a franchi l'épreuve du temps en étant constamment réédité, lu et cité depuis. On n'a donc pas besoin d'en faire la critique comme si on le découvrait, ce qui évite d'avoir à se prononcer sur des destinées qui sont acquises. En matière éditoriale, le succès continu est un gage de qualité et d'adéquation aux besoins intellectuels. Ce qui laisse au lecteur le seul plaisir : celui de la lecture et de l'intérêt du propos, c'est-à-dire l'essentiel.

Je ne perdrai donc pas mon temps à développer les qualités éminentes du *Sens des lois*, ce premier ouvrage de Benoît Frydman qui reste exemplaire par bien des aspects. Il faut en effet lui reconnaître cette vertu de nous avoir révélé un continent qui n'était pas inconnu, mais qui était demeuré longtemps négligé des études de fond. L'emplacement en était marqué sur les cartes juridiques, mais nul ne faisait l'effort d'une exploration approfondie qui eût dépassé les repérages des premiers explorateurs – ceux de l'Antiquité, notamment romaine. Chacun savait où l'interprétation se plaçait dans le processus juridique, et relevait que sa pratique avait pu changer d'orientation avec les époques. Mais on ne se préoccupait guère de la confrontation des différentes techniques : les auteurs ne cherchaient pas le concept sous la diversité des incarnations – un concept qui serait intervenu dans le champ du droit sans être nécessairement juridique.

C'est d'ailleurs une exagération que d'insister sur la solitude de l'auteur puisqu'il s'inscrivait d'emblée dans une École qui avait commencé d'insister sur l'importance de l'interprétation dans les années soixante, en centrant son effort sur la notion de rhétorique : l'École pragmatique, qui fut jadis créée en Belgique et emmenée par Perelman, et qui poursuit aujourd'hui encore ses efforts. C'est dans ce sillage que Benoît Frydman prenait sa place, mais pour faire autre chose. Son premier travail se concentrait sur l'interprétation elle-même, en nous restituant la diversité et la complexité de la tâche herméneutique : si les étapes suivaient un commode déroulement chronologique, c'était d'une recherche conceptuelle non avouée qu'il s'agissait avant tout. Qui ne concernait d'ailleurs pas seulement le champ du droit : l'ouvrage était exemplaire en ce que l'auteur prenait la question de l'interprétation dans sa plus vaste dimension, en refusant la coupure habituelle avec les autres sciences humaines. Cette diversité des approches continue de donner tout son prix à un ouvrage, qui aurait eu un aspect « fleur coupée » s'il n'avait été attentif à cette forme d'interprétation qui a peut-être servi de matrice à l'Occident : l'interprétation biblique¹.

Ce qui sera au centre de ces brèves observations, c'est la réception de l'ouvrage en France, chez les juristes de droit privé qui sont directement concernés par la technique juridique. Comment ont-ils accueilli et utilisé cet ouvrage qui reprenait la question de l'interprétation pour en montrer la fécondité pour les juristes – et au-delà ?

Si ce lectorat intéresse ici, ce n'est pas seulement parce qu'il touche le soussigné plus immédiatement que d'autres. C'est surtout parce que l'ouvrage pouvait être plus facilement appréhendé par d'autres publics, dont l'esprit était mieux préparé à le recevoir. De façon un peu trompeuse, les historiens du droit ont aussitôt pu en faire leur miel car il se présentait sous les apparences d'une évolution de l'interprétation – sans d'ailleurs constituer une histoire pour autant. Plus profondément, il s'agissait d'une présentation des variations dans la pratique de l'interprétation, énoncée sous la forme d'une succession de moments typiques. Mais énoncer dans leur ordre les différentes façons de concevoir l'interprétation ne signifie pas que

¹ B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 2011, 3^e éd., Chap. II, p. 79 et s.

l'auteur ait prétendu en faire l'histoire, qu'il ait cherché le sens de ces transformations chronologiques. À la vérité, il est frappant qu'aucune des pratiques qu'il évoque n'a disparu avec les tournants successifs de l'activité herméneutique : les perspectives deviennent plus élaborées au fil du temps, ce qui ne signifie pas que la notion change du tout au tout en s'enrichissant.

Les théoriciens du droit ont également pu tirer le plus grand profit de l'ouvrage. Dans leurs travaux, l'intérêt pour la question de l'interprétation a été stimulé depuis quelques années par le *tournant linguistique*, sur les brisées de la philosophie analytique. En restituant les enjeux de l'interprétation, l'ouvrage confortait leur intérêt spéculatif en même temps qu'il donnait des aliments à leur réflexion. Car les conceptions de l'interprétation des théoriciens du droit se limitent parfois à l'affirmation de l'absence de signification objective du texte écrit, à la possibilité pour le juge d'être créateur d'un sens inexistant jusqu'à son intervention². À cette affirmation péremptoire, l'ouvrage opposait que derrière l'activité interprétative se trouvait tout une construction savante, très éloignée de se limiter à ce qui serait autrement une manifestation d'arbitraire. Il reste que l'ouvrage a été lu depuis sa parution par les publics qu'il intéressait *a priori* : chacun pouvait y trouver matière à réflexion, par la variété des pratiques évoquées comme par la qualité des réflexions qui accompagnaient l'élucidation de chacun des moments du développement de l'interprétation.

L'ouvrage a donc aisément trouvé son public ; mais les privatistes qui s'adonnent à la technique juridique l'ont-ils lu ? Il semble bien plutôt qu'ils soient passés à côté. Celui-ci venait pourtant à son heure pour les sensibiliser aux incertitudes de l'interprétation, sur laquelle la théorie du droit mettait alors l'accent, ce qui les a d'ailleurs déniaisés en les forçant à perdre une attitude de fausse innocence dans laquelle ils se complaisaient volontiers. On pourrait résumer cette naïveté par l'idée qu'il existerait une signification unique car originelle du texte normatif, qui a été posée une fois pour toutes par

² Peut-être y a-t-il d'ailleurs un trait particulièrement français dans l'affirmation de la toute-puissance créatrice du juge. C'est chez nous que la formule de Theresia May a le plus étonné : « Brexit means Brexit » ! Les mots du droit pourraient donc avoir un sens précis... Ce que tout privatiste sait en consultant le nouvel article 1192 C. civ., qui reprend la jurisprudence : « [dans les contrats] on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

ses promoteurs. De sorte qu'il suffirait à l'interprète de la dégager du brouillage que les mots ont malheureusement pu susciter : comme la sculpture est déjà dans le bloc de marbre brut que l'artiste attaque, la signification vraie se trouverait dans le texte obscur en attendant son dévoilement. Or tout ce qui a été écrit sur la question – et l'ouvrage évoqué tout le premier –, persuade la doctrine de droit privé qu'en la matière, il n'existe pas de signification unique qui s'opposerait, par sa nécessité interne, aux figures multiples de l'erreur. Il peut y avoir une interprétation *authentique*, au sens où le système juridique la retient comme seule faisant foi ; mais elle n'est pas plus vraie que toutes les autres que le texte permet parce qu'il les porte en lui. La recherche du sens de la norme procède d'un travail, d'un effort, et peut-être parfois d'une sorte de création : il n'est pas possible de la considérer comme une activité neutre, affranchie de tout enjeu de politique juridique. Sans avancer bien profond dans la complexité de l'herméneutique, les privatistes sont désormais conscients que l'entreprise mêle la connaissance à la volonté, encore que dans un mixte indécidable.

S'ils sont désormais mieux informés de la complexité et des enjeux qui s'attachent à la compréhension de la norme écrite, cette connaissance nouvelle ne les ébranle guère : ils ne s'en préoccupent pas davantage qu'autrefois. L'érudition dont l'ouvrage témoigne, la variété et la qualité des descriptions des pratiques interprétatives, n'ont guère stimulé leur intérêt scientifique : la question de l'interprétation n'est pas devenue une topique sérieuse dans l'analyse et la pratique du droit. Il suffit d'ailleurs d'un bref examen des ouvrages d'*Introduction au droit* pour prendre conscience de la pauvreté des développements sur la question. À destination des étudiants, les auteurs ne consacrent que quelques mots distants à l'interprétation en évoquant à la diable quelques grands thèmes : la distinction entre la lettre et l'esprit ; l'hésitation entre la recherche de l'intention et celle des objectifs de la règle ; l'énoncé de grandes maximes ou formules latines censées guider l'interprète. Au-delà de quelques principes convenus depuis longtemps d'ailleurs, on ne trouve pas grand-chose. Tout se passe comme si le continent de l'interprétation que l'ouvrage avait fait émerger sous nos yeux il y a quinze ans, n'intéressait toujours pas les « positivistes ».

Le mal est d'ailleurs plus profond, au sens où la pauvreté est constante dans le droit français. Si l'ouvrage évoque jusque dans son titre l'interprétation de la loi, on sait qu'il y a d'autres écrits à interpréter, notamment les contrats – ou plus généralement les actes exprimant des volontés privées. Dans cette autre carrière soumise à l'interprétation, on trouve des présupposés identiques : l'idée que si le texte est clair, il existe une signification qu'il faut respecter sous peine de dénaturation ; et si l'interprétation se révèle légitime parce que la stipulation est obscure, il ne s'agit plus que de rechercher la volonté originelle des parties – « la commune intention des parties contractantes », selon la formule de l'ancien article 1156 du Code civil, remontant à 1804³. Il a fallu attendre l'Ordonnance de 2016 et le nouvel article 1188 du Code civil pour que le législateur s'ouvre à une autre modalité d'interprétation, en admettant à défaut d'intention commune « le sens que donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Pour autant, on est loin d'une interprétation ouverte qui redonnerait de l'intérêt juridique à la recherche du sens.

Il y a ainsi un écart entre la conscience des enjeux de l'interprétation et la pratique des juristes, demeurée fruste : la lecture de l'ouvrage de Benoît Frydman n'a pas sorti les techniciens d'une indifférence qu'il convient d'interroger. Pour autant, il ne faut pas réduire cette attitude à un quelconque anti-intellectualisme. Le paradoxe est que cette indifférence est peut-être justifiée : l'interprétation de la loi n'intéresse pas les techniciens autrement qu'à titre culturel, parce qu'elle ne les concerne pas en tant qu'activité : elle ne leur revient pas, au sens où ils la subissent sans jamais pouvoir y prendre part !

Il convient d'éviter toute caricature dans le propos. Tout Français sait bien l'importance de la recherche du sens de la norme pour son application : il y a là une activité essentielle, et nul ne la méconnaît. Il sait aussi que dans les conceptions habituelles, l'interprétation est une activité considérée comme éminemment juridique, ne serait-ce que parce que dans les représentations communes, sinon

³ Les textes relatifs à l'interprétation des actes sont peu nombreux, et ne constituent que des exemples : J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 179.

caricaturales, les juristes ont la réputation d'ergoter sans fin sur le sens des règles. Mais il sait cela de façon vague et générale : comme par ouï-dire, ou par une sorte de déduction logique ! Car dans son activité ordinaire, il n'est jamais vraiment confronté à l'élucidation de la signification d'une norme légale, qui lui est toujours donnée par voie d'autorité. Ce ne sont pas les juristes qui interprètent la règle mais des juridictions, sous l'égide de la Cour de cassation, de sorte que les individus qui pratiquent le droit n'y ont guère de part. Ils doivent connaître et respecter les interprétations authentiques, sans pour autant participer à cette activité de recherche de signification – quand même celle qui leur est délivrée leur paraîtrait discutable.

Il y a ainsi une véritable « misère de l'interprétation » chez les privatistes, que l'on peut justifier (I). Pour autant, la signaler ne revient pas à admettre quelque renoncement au combat pour le droit pour tomber dans le positivisme le plus plat. Ce qui caractérise l'attitude française, c'est que ce qui est perdu pour l'interprétation est regagné sur le terrain de la mise en œuvre de la règle de droit : c'est là qu'on retrouve un combat pour la justice qui devrait être l'âme du combat pour le droit (II).

I. Misère de l'interprétation du droit

Tel qu'il découle de la codification napoléonienne, le droit français est hanté par la nécessité de l'interprétation authentique : *ejus est interpretari cujus est condere*. Par sa clarté, le Code civil ne devait d'ailleurs donner lieu à aucune interprétation et l'on connaît le saisissement de Napoléon, apprenant que Maleville en préparait un commentaire : « Mon Code est perdu ! » Plus encore, en cas d'incertitude, il n'appartenait qu'au législateur de restituer son sens à la loi qu'il avait faite : jusqu'à son abrogation par la loi du 1^{er} avril 1837, telle fut la mission dévolue au référé législatif, même si l'article 4 du Code civil laissait penser autrement⁴. La Cour de cassation devait ensuite recevoir le monopole de l'interprétation, mais on n'oubliera pas que c'était sous le contrôle d'autorités diverses : législative, avec les lois interprétatives comme la possibilité

⁴ Sur toute cette histoire, cf. le travail éclairant de : S. Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Préf. Chr. Jamin, LGDJ, 2017.

pour le législateur de combattre la jurisprudence⁵ ; administrative, compte tenu de l'importance des réponses ministérielles qui, en dépit d'une portée modérée, ressuscitent la présence d'une interprétation par voie d'autorité. Ce que l'on devait retrouver plus longtemps encore en matière de traité, puisqu'en cas de « difficulté mettant en jeu des questions de droit public international »⁶, l'interprétation devait en être faite par le Quai d'Orsay sur demande juridictionnelle – ce référé diplomatique ne cédant que dans les années quatre-vingt-dix, à la façon d'une réplique de l'arrêt *Nicolo*⁷.

Avec l'épuisement progressif de ces diverses procédures d'intrusion dans le champ interprétatif, les juridictions françaises ont acquis le monopole de la recherche du sens de la règle, de sorte qu'il leur appartient de délivrer une signification opératoire, valable pour l'ordre juridique français tout entier. Faut-il pour autant qu'elle soit présentée comme allant de soi ? Loin de constituer la clef d'un problème résolu, elle est fournie à la façon d'une évidence comme si ce n'avait été que par erreur que les parties ou les tribunaux inférieurs avaient pu se méprendre sur la bonne signification. À cet égard, les attendus de principe sont particulièrement emblématiques d'une affirmation si peu contestable qu'elle est elle-même présentée sous la forme d'une règle de droit. Aucune recherche n'y préside, aucun travail de compréhension ni de connaissance n'y apparaît ; l'énoncé n'est pas argumenté, comme si la solution devait sortir affaiblie d'une discussion qui en montrerait le soubassement – sinon le caractère contingent. Notre juridiction suprême n'indique jamais comment elle est parvenue à la signification retenue alors que l'on sait bien qu'elle ne s'imposait nullement par la nature même du texte : le vrai est qu'elle a paru la plus opportune au contact des faits de l'espèce.

L'indifférence des juristes français ne tient pas à ce qu'ils ne considéreraient pas l'interprétation comme une activité entrant de plein droit dans leur compétence. C'est plutôt par pragmatisme qu'ils

⁵ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603.

⁶ Formule tirée de Civ. 19 mars 1963, n° 60-13.299, *Bull. I*, n° 170, p. 149, *D.* 1963.529, n. Ph. Malaurie, *JCP*, 1966, II.14.814, n. M. Tricaud.

⁷ CE Ass, 29 juin 1990, *Gisti*, *AJDA*, 1990.621, concl. R. Abraham et n. G. Teboul, *D.* 1990.560, n. P. Sabourin, *JCP*, 1990, II.21.579, n. J. Tercinet ; Civ. 1, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, pourvoi n° 93-20.424, *Bull. I*, n° 470, p. 326, *Rev. crit. DIP* 1996, 468, n. B. Oppetit.

la délaissent : parce qu'ils en sont effectivement écartés. En matière d'interprétation, il n'y a rien à dire pour eux – aux deux sens de l'expression.

D'abord, en tant que juristes, ils n'ont rien à en dire parce qu'ils n'y sont pas partie prenante. Face à une loi nouvelle, ils proposent des analyses immédiates en cherchant à anticiper la façon dont ses règles seront appliquées. Si elles permettent d'orienter les tribunaux dans les premiers temps de l'application, ces analyses ne pèseront pas lourd face à l'interprétation authentique qui sera ensuite délivrée par les juridictions autorisées, interprétation qu'elles n'auront peut-être pas même influencée. Et une fois cette signification délivrée, les contestations que les auteurs pourraient présenter ne seront considérées que comme des opinions dissidentes, toujours quelque peu suspectes de rébellion si elles sont reprises par des juridictions de fond⁸.

Par ailleurs, ils n'ont rien à dire de l'interprétation parce qu'il leur est impossible de la questionner efficacement : ils ne savent rien du processus qui y a conduit, qui est une « boîte noire » judiciaire. Il est en effet caractéristique des juridictions françaises de ne pas s'expliquer sur les raisons qui les ont fait opter pour telle compréhension, qui n'avait rien de nécessaire en dehors de la formulation de certains enjeux. Les observateurs ignorent quelles obscurités ou incertitudes du texte ont conduit la juridiction à poser une signification qui les dissipe. Ils ignorent de même les facteurs qui sont intervenus dans la délibération : l'interprète a-t-il recherché les intentions de départ ou les objectifs de la règle ; a-t-il pris en considération les conséquences possibles de sa décision ? Rien de tout cela n'apparaît dans une élucidation aux allures de verdict, qui n'explicite pas plus les difficultés rencontrées que les modalités de résolution. Intervenant par voie d'affirmation sèche, la formulation qui dissipe les incertitudes vient doubler la norme comme pour s'y substituer.

Face à cette ignorance générale concernant l'élaboration d'un sens, nul ne sait quelles raisons l'ont déterminée. Tel est le paradoxe de l'interprétation : elle se nourrit de règles de droit ; mais en tant qu'opération délibérative, elle ne se laisse pas saisir par le droit. Si

⁸ J.L. Aubert, « Pour des rébellions constructives », *RTD civ*, 1992, 338.

bien que les juristes peuvent aisément la considérer un peu comme une question de fait, sur laquelle ils n'auraient pas à se prononcer, és-qualités. Pour le résumer d'un mot, on dirait volontiers qu'il y a sans doute une *pratique de l'interprétation* ; mais au sens propre, il n'y a pas de *droit de l'interprétation*.

Les techniciens ont donc des raisons de délaisser l'herméneutique, qui résultent d'un sentiment d'inutilité et non d'une quelconque naïveté : pourquoi parler d'une recherche de sens, si elle n'est décidément pas leur affaire ? Ce qui ne clôt pas la discussion, mais la relance dans une autre direction sitôt que l'on s'avise que cette attitude est loin d'être partagée. D'autres pays, voisins du nôtre et comparables par l'état de leur droit – que ce soit la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, pour ne citer que des exemples connus –, placent la question de l'interprétation au centre de l'attention et se soucient d'en examiner le processus de production. D'ailleurs, l'ouvrage qui provoque ces réflexions est une parfaite illustration de ce souci venu d'ailleurs : on n'aurait pas imaginé un tel travail émanant d'un Français.

Pourquoi les juristes français sont-ils indifférents à une question dont certains collègues étrangers se préoccupent aussi manifestement ? Quelle singularité pourrait expliquer ou justifier ce *gallicanisme* ? Il est peu probable qu'il faille mettre en cause une conception positiviste du droit, qui impliquerait de la part des Français une particulière soumission à la règle. L'explication tient davantage à la séparation entre les domaines juridique et politique, qui est peut-être plus solidement établie chez nous qu'ailleurs. Dans la conception française, les juristes ne participent pas à la création de la norme parce qu'elle relève *a priori* de la sphère politique. Ce partage renoue avec la formule hobbesienne bien connue : *auctoritas, non veritas, facit legem*. De même que le législateur fait la loi, le juge l'interprète dans le cadre d'une prérogative exclusive de tout débat, car ce faisant il contribue à sa perfection. Ce qui suffit à justifier le désintérêt des techniciens à l'égard d'une interprétation qui participe indirectement de la création de la règle. Elle donne du sens à une norme, ce qui constitue sa teneur effective en la faisant échapper aux incertitudes de la formulation première. Cette part créative avait été particulièrement illustrée dans le manuel de Carbonnier – qui ne lui consacrait qu'une phrase au titre de l'approche philosophique, mais

devenue célèbre par la sécheresse dans laquelle elle se trouvait formulée : « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance ! »⁹.

Somme toute, l'extériorité des juristes français tient à ce qu'ils acceptent de ne pas participer à la création du droit, alors que ceux des pays voisins sont moins complaisants à cet égard. Du reste, on pourrait relier l'effort de Benoît Frydman à sa conception pragmatique du droit. On sait qu'elle consiste à poser que la règle de droit n'est pas un donné incontestable, mais un outil qu'il faut savoir utiliser pour participer au combat juridique, qui intéresse la régulation sociale dans son entier. En constituant un *corpus* des modes d'interprétation, en examinant leur pertinence, l'ouvrage s'inscrit dans une conception opératoire du droit : il s'agit de comprendre les techniques utiles pour pouvoir peser sur les solutions, même quand elles interviennent par voie d'autorité.

Dès lors, on peut se demander si le désengagement des Français à l'égard de l'interprétation ne marquerait pas un certain renoncement à ce combat pour le droit, qui est d'abord une lutte pour la justice. Il reste qu'une formulation aussi abrupte manquerait un point essentiel : la recherche des significations n'est pas le seul lieu où ce combat se livre. Il se pourrait que pour des raisons stratégiques, les juristes français choisissent de se situer sur un autre terrain qui leur semblerait plus opportun : celui de l'application du droit, c'est-à-dire de sa mise en œuvre.

II. Combats pour l'application du droit

En France, les auteurs insistent de façon plus marquée sur la mise en œuvre du droit parce qu'elle relève de principes juridiques reconnus. Il y a d'ailleurs une confusion entretenue entre ces deux aspects que sont l'interprétation et l'application, qu'il importe de dénoncer. Sous couvert d'interprétation de la règle, il est souvent en réalité question d'application : le partage conceptuel des domaines est incertain, alors même que les principes en jeu sont clairs. Pour le dire d'un mot, l'interprétation tient à la compréhension de la norme, l'application au domaine qu'elle peut occuper ; l'une intervient par nature en amont de l'autre. Dans le processus légal, ce sont deux

⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, PUF, Quadrige, 2004, n° 158, p. 303.

questions dissociables ne serait-ce que parce qu'elles sont chronologiquement scandées : une fois la signification de la règle comprise, on peut faire le tour des situations auxquelles elle est applicable.

On a dit que la doctrine française ne s'attachait guère à l'interprétation, attitude dont on a cru trouver les raisons dans l'incapacité des auteurs à peser sur les autorités qui en sont chargées. Mais sous couvert d'interprétation, on parle souvent plus précisément de domaine d'application, et il se pourrait que la pratique française retrouve sa vigueur sur ce terrain. On donnera quelques exemples de ce tour de pensée, parmi bien d'autres, qui permettent de justifier d'une autre façon la modestie du rôle de l'interprétation.

Il est fréquent de moquer l'interprétation à la française en l'illustrant par la figure du syllogisme judiciaire. Cette pratique systématique à laquelle tout juge s'adonnerait chez nous dévoilerait le ridicule de la conception géométrique de la connaissance de la loi, et de son application. Ce faisant, les magistrats prendraient la proie pour l'ombre sans voir que le droit est si fluide qu'il n'impose jamais aucune solution. Or, si l'on prend un instant au sérieux son rôle déductif¹⁰, le syllogisme apparaît bien plutôt comme une technique de mise en œuvre de la norme, qui a peu à voir avec la signification retenue. Dans le principe, il s'agit de déduire les effets concrets que la règle est susceptible de produire à partir du complexe de faits qui s'y trouve soumis. Dès lors, la signification de la règle n'en participe pas car elle est intervenue en amont : c'est elle qui irriguait la formulation de la majeure du syllogisme, qui est présentée comme la donnée juridique de base du processus.

On ne cherche nullement à défendre ce mode de pensée – si tant est qu'il constitue une réalité de la pratique judiciaire, et non une simple croyance dans une application rationnelle de la règle. Avec tant soit peu d'honnêteté, on devrait reconnaître que le syllogisme ne conduit jamais la démarche du juge français, mais qu'il lui permet d'exposer la solution une fois retenue d'une façon qui échappe à la contestation. Toute délibération achevée, il permet de donner des contours fermes à la formulation de la décision, comme si elle était

¹⁰ Pour cela, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Préf. P. Roubier, Dalloz, 1948, n° 48 et s., p. 47.

inéluçtable – et donc inattaquable ! Mais dans la réalité du processus délibératif, qui dira la façon dont le juge a manipulé les faits pour n'en retenir que certains seulement, jugés pertinents ? Qui dira les efforts interprétatifs pour présenter le contenu de la règle de la façon la plus opportune, afin d'obtenir le résultat souhaité¹¹ ? C'est l'expérience du juge – mieux encore, sa prudence –, qui le mène à ce qui constitue à ses yeux la bonne solution. Le syllogisme n'est qu'une façon de la mettre à l'abri, de la défendre contre des accusations de partialité qui sont tout à fait fondées – sans pour autant constituer un reproche recevable. En tout cas, dans la dénonciation de ce raisonnement qui illustrerait un certain épuisement de l'interprétation, on confond manifestement l'interprétation de la règle et son application – où l'on voit en réalité des domaines impossibles à distinguer de façon nette à un stade opératoire.

De même, les prétendues maximes d'interprétation que l'on présente constamment dans l'enseignement, qui remontent d'ailleurs au droit romain¹², ne cherchent pas toujours à connaître le sens d'un texte ; plus souvent, elles visent à en déterminer le légitime domaine d'application. La confusion apparaît avec évidence dès l'Antiquité, quand le Digeste énonce par exemple : « si l'on veut exécuter la volonté des lois, il faut toujours les interpréter favorablement »¹³. À l'évidence, ce n'est pas la connaissance du contenu de la règle qui se trouve en cause, mais son domaine d'extension. En revanche, l'interprétation est proprement en jeu sitôt que ce contenu se trouble pour devenir incertain : « lorsque l'on veut interpréter une loi, il est bon d'examiner d'abord quel a été sur cette matière l'usage des peuples dans les temps antérieurs »¹⁴.

Or les maximes les plus fréquemment appliquées en droit français nous confrontent à des questions d'extension de la norme, bien davantage qu'à une interprétation qui paraît si évidente qu'elle est hors de question : la règle spéciale l'emporte sur la règle générale ; la règle postérieure l'emporte sur celle qui lui est antérieure ; les

¹¹ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Aix-Marseille, Thèse de droit, 1999.

¹² En particulier, du Digeste, I, 3 (*de legibus*) et 4 (*de constitutionibus*).

¹³ *Digeste*, I, 3, 18.

¹⁴ *Digeste*, I, 3, 37.

exceptions sont d'interprétation stricte¹⁵ ; la loi cesse là où ses motifs s'épuisent ; là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer. Dans toutes ces maximes à l'efficacité incontestable, que l'on retrouve telles quelles jusque dans les écritures des avocats, ce n'est jamais le sens de la norme qui se trouve mis en cause – mais bien son domaine d'application.

Il en va de même avec les arguments romains souvent présentés par les ouvrages comme des techniques d'investigation du sens. On sait que les arguments *a fortiori* ou *a pari* sont valables, tandis qu'il faut se méfier de l'argument *a contrario*. Mais de nouveau, ces modalités logiques n'ont rien à voir avec la compréhension du sens de la norme : ce n'est que de son domaine d'application qu'il est question.

Dans le même ordre d'idées, quand les réalistes suggèrent que le juge devrait s'intéresser aux conséquences effectives de ses décisions avant de dévoiler la signification de la norme, ils ne se situent pas sur le terrain de la compréhension : la norme peut être tout à fait claire dans son énoncé. Une fois de plus, c'est le terrain de la mise en œuvre qui est concerné, mais d'une tout autre façon que dans les hypothèses précédentes.

Dans cette hypothèse, le juge ne se demande nullement comment il faudrait comprendre la règle, mais si sa mise en œuvre régulière n'aboutit pas à des résultats qui pourraient être perçus comme inacceptables. S'il est convaincu qu'il ne peut pas l'appliquer telle quelle à raison de ces conséquences, il est envisageable qu'il en altère la signification, consciemment ou non. Il se peut à cet égard qu'un juge étranger non tenu par une loi, tel qu'un juge de *common law*, ait une latitude plus grande que celle de son homologue français qui ne peut sans profond malaise décider d'écarter une loi qu'il sait *a priori* applicable. On a vu récemment que le principe de proportionnalité, issu de la CEDH, pouvait déboucher sur un tel pouvoir d'éviction – ce qui est difficile à admettre chez nous compte tenu de la force de la tradition, et de la persistance de l'idée constitutionnelle, inscrite à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, que « la

¹⁵ Mais *a contrario*, « on doit interpréter de la manière la plus étendue les grâces accordées par le Prince » (*Digeste*, I, 4, 3).

loi est l'expression de la volonté générale »¹⁶. Là encore, il ne faut pas se tromper : le débat concerne l'application de la règle, et non sa compréhension qui relèverait proprement de l'interprétation.

Dans la discussion sur la signification de la règle, on confond souvent le sens qu'elle pourrait avoir, qui relève de l'interprétation, avec les modalités de son application, auxquelles les juristes français sont particulièrement attentifs. Parce qu'il est ainsi tributaire d'une histoire peu favorable à l'interprétation, la question pragmatique qu'un juriste français aimerait poser à Benoît Frydman consisterait à savoir si le combat pour le droit doit se faire plutôt sur le terrain de la recherche du sens, ou sur celui de la mise en œuvre de la règle.

On pressent une réponse simple : tout est bon, et il n'y a pas à choisir entre les méthodes quand la justice est en jeu ! Mais on aimerait une réflexion plus circonstanciée, qui sépare mieux ces deux domaines intellectuellement distincts. Et après tout, ce n'est qu'à la seule interprétation que l'ouvrage examiné est consacré, alors que l'auteur fait du combat pour le droit un engagement essentiel. Supposons qu'un texte français nous choque particulièrement par sa teneur, et que les opposants n'aient pas pu s'y opposer au stade de l'élaboration ou des recours postérieurs autorisés par le système juridique : pourront-ils le bloquer, ou seulement y résister, en suggérant des interprétations réductrices ? Si la règle est formulée de façon claire, la tâche sera périlleuse – sauf à prétendre à une réécriture jurisprudentielle à laquelle les Français répugnent par un respect ancien de la séparation des pouvoirs, et une considération maintenue pour la loi. Et si le texte « odieux » est incertain dans sa teneur, les juristes n'auront de toute façon aucune prise sur la façon d'en fixer la teneur. En revanche, la doctrine comme les avocats pourront tenter d'utiliser toutes les techniques juridiques disponibles pour limiter son domaine d'application au minimum, car il s'agit là d'une véritable question de droit. C'est le présupposé de la règle qui détermine les situations auxquelles elle doit s'appliquer, et c'est donc sur l'analyse de ce présupposé que l'on agira de préférence pour faire pièce aux effets néfastes de la règle, sans même avoir à en contester la signification. À cet égard, à titre d'exemple, on pourra essayer de

¹⁶ Cf. les controverses déclenchées par Civ. 1, 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.066, *Bull. I*, n° 234, *D.* 2014.179, n. Fr. Chénéde, *RTD Civ.*, 2014, 307, obs. J.P. Marguénaud ; et la « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD Civ.*, 2014, 829.

susciter d'autres règles de droit rivales en montrant qu'elles pourraient être mises en œuvre avec une plus grande pertinence ; jouer sur les exigences probatoires pour compliquer la mise en œuvre de la règle ; utiliser toutes les maximes régulatrices de l'application, qui sont de droit positif. Et dans une perspective très actuelle, on pourra encore mobiliser le principe de proportionnalité en estimant que la mise en œuvre de la règle porterait une atteinte excessive aux droits et libertés – quelque arbitraire qu'il y ait en réalité à le faire.

Il faut admettre que la question de la mise en œuvre est d'ordre juridique, ce qui n'est pas le cas de l'interprétation : elle relève en France d'une pratique factuelle qui s'inscrit dans une sphère judiciaire particulière à laquelle les juristes n'atteignent pas. C'est pourquoi l'application de la règle se prête bien mieux à l'action puisqu'elle suppose l'emploi de moyens très divers, quoique la doctrine n'ait jamais entrepris de les théoriser de façon systématique.

Il ne s'agit pas là de suggérer un second volume à Benoît Frydman – que l'on pourrait néanmoins souhaiter tant son travail se révèle toujours intéressant et stimulant. Dans le cadre de cette lecture partielle et décalée de son premier ouvrage, on lui poserait volontiers la question stratégique que l'on a évoquée : ne croit-il pas qu'au moins pour la France, la voie du combat pour une interprétation favorable soit plus fermée que celle d'une application restrictive de la règle « odieuse » ?