REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE… N° 4 :

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

de BENOIT 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 : Stefan Goltzberg, « Le sens du *Sens des lois* », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série *Lectures de*… n° 4 : *Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique* (Bruylant, 3e éd. 2011), de Benoît Frydman, p. 89-104.

En ligne sur :

https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437321/10-rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-s-glotzberg.pdf

LE SENS DU *SENS DES LOIS*

Stefan GOLTZBERG
Chercheur qualifié FNRS en philosophie du droit,
Université libre de Bruxelles

L'occasion nous est offerte par Pierre Bonin de proposer des réflexions sur un ouvrage de Benoit Frydman qui nous a accompagné durant de longues années : *Le sens des lois*. Le travail impressionne par le souci dépaysant de la longue durée et par l'hétérogénéité des terres labourées. Celui que le livre laisserait indifférent ne l'aura peut-être pas compris.

En première approximation, on peut y voir une histoire de l'interprétation juridique, une histoire des modèles de l'interprétation juridique – mais une histoire particulière puisqu'elle est non dogmatique, moins fermée, plus ouverte sur les autres disciplines, religieuses, philologiques, philosophiques, sociologiques, linguistiques. En somme, ce serait une histoire de l'interprétation du droit *à la lumière* des disciplines métajuridiques voire non juridiques.

Pourtant, le sous-titre vient contredire cette conclusion hâtive : *Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. En effet, « juridique » est au singulier : l'ouvrage porterait donc sur la raison juridique et sur l'interprétation *en général* et non (uniquement) sur l'interprétation juridique. Ces remarques comptent, parce qu'un tel sous-titre désamorce une critique du livre qui lui reprocherait de *ne pas* aborder l'histoire de l'interprétation (strictement) juridique. L'ouvrage semble donc osciller entre deux projets : (1) une histoire des méthodes de l'interprétation en général et (2) une histoire des modèles de l'interprétation juridique.

Alors que, comme nous venons de le voir, le sous-titre (*Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*) plaide pour une compréhension du *Sens des lois* comme (1) histoire des méthodes de l'interprétation en général, Benoit Frydman écrit au début de l'ouvrage : « Ce livre raconte donc l'histoire de l'interprétation juridique depuis l'Antiquité

jusqu'à nos jours »[1]. Ces phrases font plutôt pencher la compréhension de l'ouvrage comme (2) une histoire des modèles de l'interprétation juridique. En outre, une recension de l'ouvrage commence ainsi : « Il faut saluer la publication du livre de Benoît Frydman sur l'histoire de l'interprétation juridique »[2].

Il est possible de lever cette contradiction apparente : le projet qui se dégage de la lecture de son texte est celui d'une histoire de l'interprétation *juridique*, mais *pas uniquement* juridique[3]. En effet, un des aspects les plus saillants de son introduction est l'ambition d'intégrer les autres disciplines (philosophie, sciences sociales, etc.) au sein de cette étude : « L'interprétation juridique ne constitue en réalité qu'un genre particulier d'une activité plus générale, dont il ne faut pas vouloir l'isoler »[4]. La thèse est à la fois descriptive (l'interprétation juridique *est* une espèce particulière d'un genre plus général) et normative (il *ne faut pas* l'isoler de ce genre plus général). La dimension normative se lit également ici : « il est illusoire de prétendre écrire l'histoire de l'interprétation juridique, sans considérer l'histoire des sciences et des idées en général »[5]. Pour paraphraser un titre de Jean-Marie Schaeffer, l'ouvrage aurait pu s'appeler *La fin de l'exception juridique*[6].

Le geste frydmanien (vu l'ampleur de la fresque on pourrait parler de la geste frydmanienne) consiste justement dans un désenclavement de l'interprétation juridique : le temps est terminé, semble nous dire l'auteur, où les juristes pouvaient faire fi des disciplines qui entourent et sous-tendent l'interprétation juridique. Peut-être la tension est-elle le prix à payer pour échapper à la *summa divisio* entre le droit et le non-droit. L'auteur ne souscrit en effet pas

---

[1] B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation juridique et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3e éd., 2011 [2005], p. 23.

[2] H. Rabault, « L'herméneutique juridique entre "crise" et refondation pragmatique », *Revue internationale de Sémiotique juridique*, 2008, Vol. 21/2, p. 175-183.

[3] Benoit Frydman écrit également que cette histoire « mettra en outre en lumière l'importance méconnue de l'interprétation en général et de l'interprétation juridique en particulier dans l'histoire des idées et des connaissances humaines », B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 22.

[4] B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 25.

[5] B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 25.

[6] J.M. Schaeffer, *La fin de l'exception humaine*, Gallimard, « NRF Essais », Paris, 2007. L'auteur plaide contre l'exception dont jouit l'humain dans la philosophie et le réinscrit dans sa nature biologique.

à l'approche *démarcationniste* typique de tant de juristes, et notamment des disciples de Hart (p. 573-574) et de Kelsen (p. 580-582) qui s'attachent à toute force à *définir* le droit afin d'en maintenir la frontière. Benoit Frydman incarne plutôt la figure du résistant qui creuse des tunnels voire des galeries entre les disciplines et entre les facultés de droit et de philosophie et sciences sociales. Cette circulation qu'assure l'auteur entre les notions et les disciplines est au cœur de sa démarche pragmatique, d'où découle son rejet des dichotomies. En ce sens, son pragmatisme est cohérent avec son refus d'une approche ontologique du droit, d'une définition du droit et des séparations hermétiques entre le droit et les autres disciplines.

Évoquant de nouvelles normativités en concurrence, l'auteur du *Sens des lois* écrit ceci :

> Certains contesteront cette approche (et du reste la contestent déjà) en déniant à ces normativités le qualificatif « juridique ». Mais c'est oublier encore une fois les enseignements de l'histoire de la raison juridique, qui nous montrent combien la frontière entre droit et non-droit est contingente et mouvante dans la durée. Le « concept de droit », sa définition ou son essence, ne sont pas, contrairement aux intuitions du sens commun, un donné ontologique, qui détermine *a priori* le champ d'investigation de la théorie du droit, mais bien davantage la résultante de conflits entre visions, modèles et pratiques concurrents[7].

Une des objections qu'anticipe Benoît Frydman contre le projet de regarder le droit sous ses nouveaux vêtements consisterait à dire que ces normativités *ne* sont *pas* juridiques. Il convient de distinguer deux questions : celle de la juridicité d'un modèle et celle de la définition du droit. Ces questions sont indépendantes : on peut *reconnaître* un modèle comme juridique (*I know it when I see it*…) sans disposer d'une définition du droit. La définition du droit n'est pas une condition nécessaire pour l'utilisation de la catégorie « droit », ni pour la mobilisation d'une opposition entre droit et morale. En effet, selon le principe *Ubi societas, ibi ius*, chaque société possède un droit (ou en termes moins ontologiques : chaque société se laisse aussi décrire en termes juridiques) – alors que toute société ne dispose pas d'un concept explicite de droit. Qu'il y ait du droit dans toute société ne signifie pas que tout dans une société soit du droit.

---

[7] B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 16-17.

Mais nous évitons la question qui fâche : qu'est-ce qui motive le ségrégationniste ? Trop souvent, le but du ségrégationniste est la disqualification de tout phénomène qui ne montre pas patte blanche, qui n'est pas enrégimenté dans le monde du droit. Le refus frydmanien de la distinction entre droit et non-droit tient à son refus de l'*éviction* de ces objets hors de la sphère du droit. Il ne veut pas d'exclusion des objets et processus que l'on peut étudier juridiquement. En cela nous le rejoignons pleinement. Mais il ne s'ensuit pas forcément que l'interprétation juridique ne se distingue pas – de manière non triviale[8] – de l'interprétation non juridique. On peut être inclusif en termes d'objets tout en maintenant une différence (certes perméable) entre l'interprétation juridique et l'interprétation non juridique.

Nous sommes d'accord avec Benoit Frydman que le concept de droit n'est pas figé ontologiquement, puisqu'il existe des droits différents et que chaque culture juridique évolue. Mais cela rend-il vain tout questionnement sur le caractère juridique ou non d'un phénomène ? On distinguera le caractère juridique ou non d'une normativité et d'une interprétation. S'agissant des nouvelles normativités, nous abondons dans son sens qu'une lecture juridique de ces phénomènes est certes féconde. Résumons : nous sommes d'accord avec la conclusion de Benoit Frydman *ici* (concernant les nouvelles normativités), car une définition et une démarcation entre droit et non-droit serait *ici* nuisible, mais nous ne le suivons pas pour l'interprétation juridique. Nous nous écartons en effet du type de raisonnement qui consisterait à dire que là où une définition du droit est impossible ou nuisible, la différence entre l'interprétation juridique et non juridique n'existe pas (thèse descriptive) et ne devrait pas exister (thèse normative).

Nous tâcherons de nous maintenir à bonne distance de ces questions ontologiques, pour nous concentrer sur la question du prix à payer de ce refus, radical, des frontières. Après tout, *on peut rejeter les dichotomies sans rejeter les différences* et envisager une spécificité de l'interprétation juridique sans exiger une séparation imperméable

[8] Une différence triviale entre l'interprétation juridique et l'interprétation non juridique serait que la première porterait sur des prémisses juridiques (des sources du droit). Si la différence se résumait à cela, on serait fondé à nier toute différence non triviale entre les deux types d'interprétation.

entre droit et non-droit. Pour le dire autrement, on peut accepter avec bonheur son rejet des différences de nature entre droit et non-droit, tout en envisageant des différences de *degré* entre interprétation juridique et interprétation non juridique.

Que *Le sens des lois* soit ou non une histoire des modèles de l'interprétation juridique (voire une histoire de l'interprétation juridique éclairée par les sciences humaines), nous sommes en mesure de formuler, par contraste, notre thèse : une histoire des modèles de l'interprétation juridique, accompagnée ou non de modèles de l'interprétation non juridique, conduirait (ou plutôt *nous* conduirait) à des conclusions sensiblement différentes des conclusions auxquelles Benoît Frydman est parvenu à l'issue de son ouvrage. Plus précisément, une telle histoire montrerait que la spécificité de l'interprétation juridique tient notamment dans un rapport particulier à la lettre du texte. Ce que l'auteur du *Sens des lois* rejette (une singularité de l'interprétation juridique), nous voudrions l'accepter en le nuançant.

Voici un tableau qui représente mal un itinéraire non linéaire de deux questions qui se croisent :

	Statut de la logique ou interprétation juridique
Georges Kalinowski	Pas de spécificité à la logique juridique : « il n'y a, à notre avis, qu'une logique, la logique tout court »
Chaïm Perelman	Spécificité de la logique juridique de chaque ontologie (c'est-à-dire culture) juridique
Benoit Frydman	Pas de différence (fondamentale) entre l'interprétation juridique et non juridique. Refus, en accord avec Perelman et contre Kalinowski, de réduire la logique juridique à la logique formelle.
Stefan Goltzberg	Différence de degré entre l'interprétation juridique et non juridique. En accord avec Perelman sur une certaine particularité de l'interprétation juridique.

Perelman, contre Kalinowski, plaidait pour une multiplicité de logiques juridiques – selon les ontologiques juridiques[9]. Benoit Frydman recueille l'héritage perelmanien qui consiste à refuser de

[9] Ch. Perelman, « Propos sur la logique juridique », repris dans *Ethique et droit*, ULB lire, « Fondamentaux », 2012 [1976].

réduire la logique/interprétation juridique à la logique formelle. Mais qu'en est-il de l'autre part du message perelmanien, qui tient à la multiplicité des logiques juridiques ? Cette multiplicité n'implique-t-elle pas une certaine différence par rapport à l'interprétation non juridique ?

I. Structure de l'ouvrage

L'étude de la structure de l'ouvrage mettra en lumière le projet et les conclusions dégagées. Comme toute aventure pleinement transdisciplinaire, la question du dosage se pose : combien de modèles non juridiques pour éclairer l'histoire de l'interprétation juridique ? Rappelons cette phrase du *Sens des lois* : « Ce livre raconte donc l'histoire de l'interprétation juridique depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours »[10].

De deux choses l'une. Soit le but est de dire quelque chose de l'interprétation juridique – ce qui n'exclut pas le recours aux sciences humaines et sociales ; la comparaison porterait uniquement sur des modèles juridiques : l'absence de modèles non juridiques rendrait plus difficile en un sens de comparer l'interprétation juridique et non juridique, mais on augmente les chances de dire quelque chose qui s'applique à l'interprétation juridique. Soit la comparaison porte sur des modèles tantôt juridiques, tantôt non juridiques, et les conclusions de la comparaison ne sauraient valoir pour l'interprétation juridique en tant que telle. On imagine en effet difficilement qu'une telle comparaison soit en mesure de décrire la spécificité (ou l'absence de spécificité) de l'interprétation juridique.

L'ouvrage de Benoit Frydman est certainement du second type (puisqu'il compare des modèles juridiques et non juridiques), mais entend tout de même, comme le premier type, dire quelque chose de l'interprétation juridique : précisément que celle-ci ne se distingue pas fondamentalement de l'interprétation non juridique. Mais une telle conclusion découle-t-elle de la méthode ?

Penchons-nous sur la structure de l'ouvrage. Il est articulé en trois parties qui contiennent, respectivement, quatre, trois et deux modèles. Voici le plan :

---

[10] B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 23.

Première partie – La dialectique des Anciens :
I. Le modèle **rhétorique** : l'interprétation dans le prisme de la contradiction
II. Le modèle **biblique** : les ressources inépuisables du texte parfait
III. Le modèle **patristique** : De la lettre à l'esprit
IV. Le modèle **scolastique** : la conciliation des autorités
Deuxième partie – La science des modernes :
V. Le modèle **géométrique** : Le divorce de l'autorité et de la raison 231
VI. Le modèle **philologique** : l'interprétation comme science exacte 324
VII. Les modèles **sociologique** et **économique** : Le droit dans la balance des intérêts
Troisième partie – Le tournant interprétatif contemporain :
VIII. Le tournant linguistique et le modèle **normativiste**
IX. Le modèle **pragmatique** de l'interprétation

À l'exception du chapitre VII, qui contient deux modèles (sociologique et économique), chaque chapitre présente un modèle.

Non seulement l'ouvrage ne se limite pas aux modèles juridiques, mais la plupart des modèles ne sont pas juridiques[11]. L'ouverture aux modèles non juridiques vise notamment à sortir d'un paradigme d'explication du droit par le seul droit. Au monisme typique de la dogmatique juridique, Benoit Frydman substitue une approche intégrée, qui fait place à l'herméneutique *en général*. Ceci part du postulat qu'il est possible et souhaitable d'expliquer l'interprétation juridique par l'étude de l'herméneutique en général. Une fois que la décision est prise d'intégrer l'étude de l'herméneutique *en général*, la question demeurait : comment articuler l'examen de l'interprétation juridique et de l'interprétation non juridique ? Quel dosage privilégier entre les deux ? Le choix retenu dans *Le sens des lois* est celui d'une étude massive de l'herméneutique non juridique pendant plus de deux premiers millénaires, pour se concentrer ensuite sur l'interprétation juridique dès le XVIIIe et surtout le XIXe siècle. En d'autres termes, l'effort d'ouverture à d'autres disciplines a conduit l'auteur à se concentrer sur des modèles non juridiques, afin de jeter une nouvelle lumière sur l'interprétation juridique.

[11] Cette remarque ne suppose pas un démarcationnisme strict : le caractère non juridique de la patristique peut être constaté même si l'on est conscient d'une certaine porosité entre droit et non-droit.

II. Structure symétrique des maximes en dehors du droit

Benoit Frydman, soucieux de ne pas réduire le droit à un ensemble de règles, fait une place certaine aux maximes dans l'interprétation juridique. Dans le modèle rhétorique, les antinomies sont décrites comme opposant des lieux communs exprimés par des maximes : « Nous trouvons ici recensées sous forme de lieux contradictoires des maximes bien connues, que les Modernes tenteront plus tard de mettre au service d'un système abstrait de solution des conflits de lois »[12]. On le perçoit, les maximes n'ont pas le même poids et ne reçoivent pas la même attention selon les modèles. On ressent également une préférence de l'auteur pour les modèles qui prennent en considération l'étude des maximes comme lieux de l'argumentation. Le caractère *topique* des maximes pourrait suggérer que les maximes en droit fonctionnent également de manière topique, donc symétrique.

Mais quel est le fonctionnement des maximes ? Dans le langage de tous les jours, les maximes ou proverbes fonctionnent par pair : *Il ne faut pas remettre au lendemain ce qu'on peut faire le jour même* s'oppose au proverbe *A chaque jour suffit sa peine*. Cette structure est symétrique. En effet, on ne peut pas dire *in abstracto* que l'un des proverbes l'emporte sur l'autre. Il est indispensable de connaître le cas d'espèce – il faut savoir de qui il s'agit, quelle heure il est, quel travail a déjà été accompli, quelles sont les obligations familiales, voire culinaires, qui incombent à la personne qui hésite entre les deux proverbes.

La question se pose alors de savoir si cette structure symétrique du discours ordinaire non juridique est également de mise en droit. Il existe de nombreuses maximes en droit et on ne saurait pas ici en traiter un nombre substantiel. Nous nous pencherons sur deux maximes principales ou plutôt sur deux groupes de maximes : celles qui plaident pour l'application du sens ordinaire ou littéral et celles qui entendent promouvoir l'objectif poursuivi par la règle de droit aux dépens de son sens ordinaire ou littéral.

Karl Llewellyn avait dressé une double liste de maximes[13] :

---

[12] B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 70.

[13] K.N. Llewellyn, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », *Vanderbilt Law Revien,* 1950/3, p. 395-406. Cet article est central pour la compréhension de l'interprétation juridique. Benoit

1. *A statute cannot go beyond its text.*
2. *To effect its purpose a statute may be implemented beyond its text.*

Pour le dire autrement, ces deux maximes font valoir l'importance de la lettre (1) et celle de (2) l'esprit.

L'impression qui se dégage du texte de Llewellyn – et des textes des réalistes en général[14] – est que les deux types de maximes sont *également* mobilisables en contexte. Dans la mesure où les deux maximes peuvent être invoquées, tout se passe comme le juge *décide* laquelle l'emportera. Donc, contrairement à ce que l'on pourrait croire, les sources du droit (contenant les maximes) ne seraient pas en mesure de déterminer le résultat de la décision. Pour le dire autrement, les sources du droit (en particulier les maximes) *sous-déterminent* la décision judiciaire. La conséquence qui s'attache à ce constat est que, dans une certaine mesure que l'on a tendance à sous-estimer, le juge prendrait une part prépondérante dans la décision.

	Statut des maximes en droit
Anciens formalistes (leur existence est incertaine)	Ces maximes n'existent pas dans l'interprétation juridique
Réalistes (Chaïm Perelman et Benoit Frydman)	Les maximes en droit fonctionnent comme en dehors du droit
Nouveaux formalistes (Frederick Schauer et Stefan Goltzberg)	Les maximes en droit existent (contre les anciens formalistes) mais leur structure est dissymétrique (contre les réalistes).

Ceci est d'autant plus crédible qu'il s'agit de cas difficiles (*hard cases*) – où par définition de bons arguments peuvent être avancés des deux côtés. Or, toute la question est de savoir si l'on peut généraliser à partir des cas difficiles. Nous pensons, avec Frederick Schauer, que les cas difficiles sont à la fois intéressants *et* atypiques. L'effet de sélection consiste pour les cas faciles à ne pas faire l'objet d'appels et

Frydman mentionne plusieurs fois cet auteur, mais, sauf erreur, pas ce texte en particulier. Pour une analyse critique des thèses de cet article, voir S. Goltzberg, *100 principes juridiques*, Puf, Paris, 2018, p. 26-36.

[14] Pour une analyse critique des réalistes, voir F. Schauer, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique* (S. Goltzberg trad.), Dalloz, « Rivages du droit », Paris, 2018, chap. 7 « Le défi du réalisme juridique ».

de ne presque jamais atteindre les juridictions supérieures. Ils seraient donc peu représentatifs de la manière dont fonctionne le droit.

Si l'on pense qu'il convient bel et bien de généraliser à partir des cas difficiles, il devient possible de dire que dans chaque cas – donc aussi dans les cas soi-disant faciles – le juge aura le loisir de *décider* souverainement quelle maxime l'emportera. En d'autres mots, le juge ne serait pas (ou pas tellement) contraint par les règles de droit, puisqu'il pourrait dans chaque cas éloigner, suspendre une application littérale de la règle de droit à la faveur de la maxime plaidant pour la valeur protégée par le droit au détriment de la lettre (mortifère). Lon Fuller et Chaïm Perelman souscrivaient tous les deux à ce refus d'essentialiser les cas faciles : Fuller insistait sur les valeurs qui sous-tendent chaque interprétation et Perelman soulignait le fait que si je veux convaincre le juge *de ne pas* appliquer une règle, je peux prouver que cette règle n'est pas aussi claire qu'on pourrait le croire au premier abord.

Si en revanche, on soutient que l'on ne peut pas généraliser à partir des cas difficiles, on admet l'existence d'une différence fondamentale entre les cas faciles et les cas difficiles. On peut penser une différence fondamentale tout en reconnaissant l'existence de nombreux cas intermédiaires : la différence entre cas difficile et cas facile peut être une différence de degré et non de nature.

	Statut des cas difficiles
Anciens formalistes (leur existence est incertaine)	Les cas difficiles n'existent pas (vraiment) dans l'interprétation juridique, on peut les résoudre une fois pour toutes.
Réalistes (Chaïm Perelman et Benoit Frydman)	Les cas difficiles sont au cœur du droit et l'on peut généraliser ce phénomène à tout le droit.
Nouveaux formalistes (Frederick Schauer et Stefan Goltzberg)	Les cas difficiles en droit existent (contre les anciens formalistes) mais leur structure est atypique et on ne saurait généraliser ce phénomène à l'ensemble du droit (contre les réalistes).

La conclusion du *Sens des lois* – le caractère obsolète de l'opposition entre la lettre et l'esprit dans le modèle pragmatique, qui

absorbe les modèles précédents – est le fruit d'un choix, qui tient aux types de modèles de l'interprétation qui sont décrits dans l'ouvrage. La plupart d'entre eux ne sont pas des modèles juridiques.

Nous pensons pour notre part que l'opposition entre lettre et esprit non seulement n'est pas rendue caduque par les nouveaux modèles juridiques mais demeure au cœur du droit – au travers des cultures juridiques. En effet, l'interprétation juridique se caractérise selon nous par un primat qui est accordé à la lettre sur l'esprit. Formulée ainsi, la proposition semble intenable. Il faut, pour convaincre le lecteur, distinguer deux thèses trop souvent confondues. L'une est le *littéralisme fort*, qui considère que la lettre devrait toujours être suivie par le juge. L'autre est le *littéralisme modéré*, selon lequel la lettre devrait être suivie par le juge sauf s'il apparaît une *très* bonne raison de s'en éloigner.

Le sens des lois pourrait être décrit comme une longue discussion dynamique avec le sens littéral et son statut. On y lit en effet des critiques du présupposé du caractère unique ou univoque du sens littéral. On y perçoit toutes les nuances qu'il convient d'apporter à cette notion. L'ouvrage ne tombe donc pas dans l'erreur qui consisterait à rejeter un littéralisme caricaturé. Tout le monde sera en effet convaincu du caractère intenable du littéralisme fort, notamment de (certains courants de) l'école de l'exégèse. Mais la question se pose de savoir si le littéralisme fort est soutenu par quelqu'un – notre réponse sera négative : aucune école juridique n'a jamais promu une telle approche de l'interprétation juridique – même si certains accents se font entendre sous la plume d'auteurs du XIXe siècle.

D'une manière très générale, on peut dire que Benoit Frydman rejoint Chaïm Perlman dans le souhait d'éviter d'une part le formalisme et d'autre part l'arbitraire. Perlman écrivait d'ailleurs que le juge doit *concilier* la lettre de la loi et l'esprit du droit. Pour notre part, nous ajouterions que cette demande de conciliation est requise dans les cas difficiles et que dans les cas faciles – qui constituent la masse des décisions – un certain type de littéralisme modéré est de mise. Celui-ci consistera *bien souvent* à sacrifier un résultat meilleur à la lettre claire de la loi.

III. Origines et permanence de l'anti-littéralisme

Mais au fond, comment se fait-il que le littéralisme modéré soit à ce point mal vu ? Cela s'explique d'au moins deux manières. La première, dont nous avons parlé plus haut, tient au geste réaliste consistant à passer de l'existence des cas difficiles et de la possibilité de transformer tout cas facile en un cas difficile à l'idée selon laquelle tous les cas sont difficiles. La deuxième raison est historique ou généalogique. En effet, l'ouvrage de Benoit Frydman est marqué par le type de culture juridique dans lequel son auteur vit et où il a été formé au droit – et à la philosophie. Or, en prenant un peu de recul, si l'on compare, du point de vue de l'interprétation, les cultures juridiques, le droit belge (que nous ne distinguons pas ici du droit français) est un droit plutôt atypique : son littéralisme n'est pas seulement modéré, mais presque honteux. Par contraste, le droit musulman, talmudique ou encore de *common law* sont des droits beaucoup plus typiquement juridiques – si cela a un sens de s'exprimer de la sorte.

En effet, l'influence du christianisme (qui charrie la soumission de la lettre à l'esprit[15]) et du droit canonique sur le droit « romano-germanique » est souvent sous-estimée. Si on accepte, fût-ce provisoirement, l'opposition entre l'interprétation juridique (formaliste et tolérante aux résultats sous-optimaux) et l'interprétation éthique (non-formaliste et intolérante aux résultats sous-optimaux), on voit combien le droit continental, pétri de droit canonique, est moralisant. La raison est que l'Occident – et son droit – est le fruit d'une rencontre entre une religion post-juridique (le christianisme) et un droit progressivement sécularisé (le droit romain). La conséquence est que le droit occupe en Occident une place inconfortable et remplit une mission inavouable : le logiciel chrétien, post-juridique, soumettant la lettre à l'esprit, inspire le discours des juristes et le discours sur les juristes[16]. Ceux-ci sont pris

---

[15] *Le sens des lois* contient un passage sur la « dévaluation du sens littéral » (B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 132).

[16] Benoit Frydman écrit que « la Bible a longtemps constitué un texte de portée juridique, souvent le support principal, parfois le support exclusif du droit » (B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 78). Nous préciserions : depuis le christianisme et du point de vue chrétien, la Bible ne constitue plus ou plus vraiment un texte de portée juridique. L'auteur du *Sens des lois* en est bien conscient puisqu'il précise ailleurs : « Les Pères de l'Église

dans une double-contrainte (*double bind*) : ils doivent pratiquer et enseigner le droit (qui suppose, si l'on nous l'accorde, un littéralisme modéré) tout en empruntant le langage chrétien, fût-il sécularisé (qui suppose la soumission de la lettre par l'esprit).

On devrait alors à ce stade distinguer les pays influencés par le calvinisme (notamment le Royaume-Uni), où l'interprétation juridique est volontiers reconnue par les juristes eux-mêmes comme étant formaliste, et les pays catholiques ou luthériens (Luther ayant finalement eu recours au droit canonique) où l'on redoute de voir l'interprétation juridique qualifiée de formaliste. Certains traits de l'interprétation juridique sont typiques de l'une ou l'autre aire théologico-juridique. Par exemple, le droit anglais tolère voire promeut les *loopholes*, c'est-à-dire cette technique qui consiste à contourner l'esprit d'une règle tout en se fondant sur son sens littéral, de sorte qu'on trouvera des livres au titre peu attirant pour un juriste français ou allemand : *The art of the loopholes*[17]. Inversement, le droit allemand tolère si difficilement les résultats sous-optimaux typiques du droit de *common law* qu'il connait un argument particulier : la réduction téléologique, qui consiste à constater l'inadéquation entre la formulation de la règle et de son objectif et à modifier la portée de ladite règle pour mieux atteindre l'objectif en question[18]

La difficulté de la compréhension et de l'enseignement de l'interprétation juridique dans nos pays tient au peu de distance qui semble séparer l'interprétation juridique de l'interprétation éthique. L'absence d'arguments proprement juridiques (en droit belge ou français) suggère l'absence d'une argumentation ou interprétation

---

repoussent avec mépris le double héritage du droit romain et de la loi biblique, auxquels ils entendent substituer le règne universel de la charité chrétienne. » (B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit*., p. 78). Autre précision portant sur la première citation : dans le judaïsme, la Bible (hébraïque) est encore de nos jours une source du droit. En revanche, le caractère exclusif de la Bible comme source du droit n'est revendiqué que par le courant karaïte, c'est-à-dire ce courant juif qui rejette les sources orales postbibliques. Voir S. Goltzberg, *Les sources du droit*, Puf, « Que sais-je ? », 2e éd., Paris, 2018, p. 115-118.

[17] N. Freeman, *The Art of the Loophole : Making the law work for you*, Coronet, Londres, 2012. Sur le *loophole* en droit comparé on consultera S. Goltzberg, *Le droit comparé*, Puf, « Que sais-je ? », Paris, 2018, p. 117-120.

[18] *Ibid.*, p. 89-92. La réduction téléologique, qui entend combler cette lacune, consiste à « *restreindre* la portée d'une règle dont la lettre va au-delà de l'objectif poursuivi par l'auteur de la norme », R. Jafferali, *La Rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 83.

proprement juridique. Or, on peut concéder la première absence sans requérir la seconde : les juristes utilisent peut-être les mêmes techniques et méthodes herméneutiques que les non-juristes, il n'en reste pas moins qu'il y a peut-être quelque chose de proprement (ou de typiquement) juridique dans la manière de convoquer ces outils et ces méthodes. Ce *je-ne-sais-quoi* tient, en un mot, à l'importance qui est donnée à la forme (d'où la notion de formalisme) et cette importance se perçoit dans le littéralisme modéré.

Résumons. *Le sens des lois* est une fresque qui fait la part belle à l'histoire de la philosophie. Cet ouvrage ouvre les yeux du juriste sur des matières et des auteurs dont il pourrait autrement ignorer l'existence. En ce sens, la mission est accomplie. Le mouvement, du point de vue du droit, est centrifuge : il sort du droit et nous conduit au sein d'un monde qui en effet environne et pétrit le droit et son histoire.

Notre approche est inverse. Venant de la philosophie, nous nous tournons vers le droit, vers les droits, y compris les plus « caricaturaux », les plus formalistes. Nous pensons avoir identifié (grâce à certains auteurs) des universaux du droit. Mais nous savons que ces traits communs entre les droits seront *modérés :* formalisme modéré, littéralisme modéré. Très sensible au sophisme de l'homme de paille, nous distinguons souvent, c'est-à-dire là où c'est possible et souhaitable, entre la version intenable d'une théorie et sa version tenable, modérée. *Le sens des lois* a pris un tel soin à ne pas occulter la philosophie, à inclure l'histoire des idées, à prendre en considération la sociologie de l'enseignement du droit qu'il a dans une certaine mesure minimisé (de notre point de vue : sous-évalué) l'existence d'une interprétation proprement juridique. Rappelons que parler d'universaux juridiques ne signifie pas verser dans une vision caricaturale du droit.

L'on critique souvent un ouvrage pour *ne pas* avoir abordé tel ou tel élément. On pourrait ainsi s'étonner de la quasi-absence de bien des jalons de l'histoire de l'interprétation juridique (droit romain antique, médiéval, révolution humaniste cujacienne, droit de *common law*, etc.) mais ce serait faire un faux procès au *Sens des lois*. Qu'il nous suffise de dire que cet ouvrage pourrait être *complété* par une histoire de l'interprétation juridique, qui, elle, pourrait être simplement *éclairée* par des disciplines métajuridiques voire philosophiques. Un tel

ouvrage aboutirait – ou non, selon la manière dont il serait rédigé – à notre conclusion selon laquelle l'interprétation juridique se caractérise par un littéralisme modéré.

Un mot encore sur l'importance accordée par *Le sens des lois* au contexte : tout se passe comme si l'erreur que l'auteur souhaite éviter était de faire abstraction – comme tant de collègues – du contexte. La mission est accomplie dans la mesure où des courants entiers qui manquaient à la culture typique du juriste sont à présent étudiés, enfin rendus disponibles aux étudiants en droit et à de nombreux juristes. Pourtant, risquons une idée. Peut-être qu'une des caractéristiques typiques de l'interprétation juridique tient justement à un *rapport très particulier au contexte* : l'interprétation juridique suspend beaucoup plus que les autres types d'interprétation le rôle du contexte[19]. En effet, dans les droits casuistiques, ce n'est qu'en faisant abstraction du contexte que l'on peut appliquer une règle (formulée sous forme de cas particulier) à un autre cas d'espèce. En droit de *common law*, il est fréquent qu'un précédent s'applique à un cas très différent (et ne s'applique pas à un cas *prima facie* similaire). Chaque fois, le contexte est *minimisé* afin de permettre l'application des règles.

Les droits continentaux, issus de la philosophie de la codification, sont mus par un idéal de clarté telle que le rôle du contexte est neutralisé. Il n'est plus nécessaire au juge (en théorie) de devoir « descendre » trop profondément dans le cas. En outre, dans la mesure où l'interprétation juridique n'y est pas sensiblement différente de l'interprétation éthique, et comme en éthique et dans les sciences humaines en général, le contexte est central, et son ignorance constitue une faute méthodologique, le juriste continental s'est déshabitué des droits anciens ou modernes faisant largement fi du contexte. *Le sens des lois* est écrit sous le double signe du

[19] Il faut distinguer le *contexte* historique, dont nous disons que l'interprétation juridique en fait largement abstraction et le contexte linguistique (également appelé *cotexte*) qui est tantôt ignoré par l'interprétation juridique tantôt « surinterprété ». Benoit Frydman décrit d'ailleurs des arguments talmudiques qui se fondent de manière disproportionnée, pour un Moderne du moins, sur le *co*texte tout en faisant totalement abstraction du contexte historique : « *Davar ha-lamed me-inyano ve davar ha-lamed mi-sofo*. – Cette règle permet d'inférer le sens d'une disposition de son cotexte immédiat ou encore d'une nouvelle occurrence dans un passage proche. » (B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit*., p. 98). On le voit, cette technique ne porte jamais sur le *contexte* (historique) mais uniquement sur le *cotexte* (discursif).

pragmatisme et de la pragmatique, qui tous les deux, plaident pour une prise en considération du contexte en droit. Une voie possible est celle de la pragmatique juridique, c'est-à-dire d'une approche qui scruterait la manière dont on interprète en droit. Une des conclusions possibles et provisoires d'une telle enquête serait que le principe de coopération étudié par Paul Grice, qui permet de passer de ce que dit le texte (*what is said*) à ce qu'il veut dire (*what is meant*) connaît en droit une moindre nécessité : il est autorisé de moins coopérer dans l'interprétation juridique que dans les autres types d'interprétation.

Nous espérons que ces observations auront – aussi – mis en lumière l'immense effort consenti par l'auteur du *Sens des lois*. Certains ouvrages sont, tels d'éphémères échafaudages, remisés après usages ; d'autres, tels les échafaudages du Palais de Justice de Bruxelles, font désormais partie de l'édifice. Autrement dit, *Le sens des lois* n'est pas qu'une étape caduque dans notre questionnement et notre recherche, mais un ouvrage qui a compté, et qui comptera encore longtemps.