

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 ce volume : *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, 3^e éd. 2011), de Benoît Frydman.

En ligne sur :

[https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713297/rhfd-
lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-ensemble-des-
contributions.pdf](https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713297/rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-ensemble-des-contributions.pdf)

LE SENS D'UN LIVRE

Benoît FRYDMAN

Professeur ordinaire à la Faculté de droit
Université libre de Bruxelles

C'est une occasion rare et privilégiée pour un chercheur de voir disséquer et discuter son travail par ses collègues, de recevoir leurs commentaires et leurs critiques et d'entrevoir à travers eux l'image souvent floue et mystérieuse de sa réception par la communauté des pairs, quinze ans après sa première publication¹. Je remercie très chaleureusement chacune et chacun des contributeurs et ne serai pas quitte de la dette que j'ai contractée envers eux par l'exécution du devoir bien doux qui m'est imposé de leur répondre.

Toute ma gratitude va à Pierre Bonin, qui a eu l'idée et assumé toute la charge d'organiser, dans le cadre de la Société pour l'histoire des Facultés de droit, une journée de « lectures » de mon livre, dont ce recueil est le fruit. Cette journée bien remplie, dont j'ai goûté chaque instant et qui restera pour moi marquée d'une pierre blanche, s'est déroulée le 16 mars 2018 dans les locaux de l'université Panthéon-Assas. Je voudrais remercier aussi à cette occasion tous les collègues qui, outre les contributeurs de la présente publication, y ont activement participé : Olivier Beaud et Didier Truchet, qui ont assumé les présidences, ainsi que Nader Hakim, Frédéric Martin et Otto Pfersmann, qui ont livré leurs commentaires critiques.

Un souvenir ému me ramène encore au public nombreux qui a participé à toute cette journée. Il se composait en majorité de jeunes chercheurs, parmi lesquels beaucoup de doctorants et ceux qu'on appelle désormais des « post-docs ». Voilà qui m'avait causé une agréable surprise et fournit l'occasion de me rappeler – et ceci est la première révélation que je dois aux lecteurs – qu'avant d'être un livre, *Le sens des lois* fut d'abord une thèse, que je soutins sous le titre *Les*

¹ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2005, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.

modèles juridiques d'interprétation à Bruxelles dans les derniers jours du mois de décembre 1999. Cette date a peut-être ceci de symbolique que l'ouvrage trouve, au moins par son thème, mieux sa place dans le contexte de l'histoire des idées juridiques du second XX^e siècle finissant qu'au début du troisième millénaire. Si le livre ne parut, pour la 1^{ère} édition, qu'en 2005, le manuscrit a passé au cours de ces six années, plus de temps dans un tiroir, que sur ma table de travail et je n'y apportai, je crois, au final que des modifications de style et de forme, là où il aurait fallu mettre ce temps à profit pour en corriger les erreurs et en combler les insuffisances. Plus de vingt ans me séparent donc de la rédaction de ce texte.

Tandis que le livre suivait discrètement son chemin, dont à vrai dire je ne m'occupais guère et dont je n'avais en tout cas que peu de nouvelles, j'en empruntais un autre, consacrant l'essentiel de mes recherches, ainsi que les travaux collectifs que j'avais le privilège de conduire à la direction du Centre Perelman de philosophie du droit, aux dispositifs et instruments très contemporains du droit global.

Au fil des ans, je commençai cependant à recevoir, à la manière de cartes postales, de petits messages de différents endroits plus ou moins insolites d'où quelqu'un m'adressait sa réaction à la lecture de ce livre jeté, comme tous les livres, à la mer. Le livre faisait escale si longtemps après avoir pris le large. Je prenais évidemment un grand plaisir à recevoir de ses nouvelles et à correspondre avec ceux qui s'étaient pris d'intérêt pour lui. Puis vint cette proposition d'y consacrer une journée à Paris, qui me prit totalement au dépourvu et me ravit comme la perspective de revoir un enfant, qui a grandi loin de vous et que vous retrouvez un jour à l'âge adulte. Il a vécu sa propre vie et est devenu quelqu'un dans le regard de ses lecteurs.

Les textes qu'on va lire ont été rangés selon la logique suivante : d'abord les critiques portant plus précisément sur un modèle d'interprétation et donc un chapitre de l'ouvrage, dans l'ordre chronologique ; puis les critiques de portée générale portant sur le livre dans son ensemble, son projet et sa méthode.

Aldo Schiavone ouvre le feu en critiquant le peu de place laissé aux juristes romains dans l'ouvrage. Il est suivi par Xavier Prévost qui dénonce et comble en partie le trou béant d'un chapitre manquant sur l'interprétation à la Renaissance. David Soldini répond à la critique du normativisme au XX^e siècle. Jean-Yves Chérot

commente un autre chapitre manquant, quoiqu'annoncé dans la préface de la 3^e édition, sur le droit global. Ce qui nous amène presque naturellement au texte de Hervé Ascensio sur l'interprétation en droit international. Avec Remy Libchaber, nous demeurons en relation avec le droit positif par la mise en rapport de l'interprétation du droit avec le droit de l'interprétation.

Stefan Goltzberg rend compte du projet du livre dans son ensemble et critique le parti pris pragmatique ou réaliste de son auteur au nom du courant néo-formaliste dont il se réclame et qui prône un certain retour au littéralisme. Pierre-Yves Quiviger se penche sur les rapports de l'histoire de l'interprétation avec l'histoire du droit et celle des idées politiques. Anne-Sophie Chambost pose dans la foulée le regard critique d'une historienne du droit sur ce travail philosophique. Enfin, Frédéric Audren questionne la méthode de l'ouvrage et notamment l'outil des modèles d'interprétation et leur construction.

Ces contributions sont suivies des réponses de l'auteur.

B. FRYDMAN ET LES JURISTES ROMAINS

Aldo SCHIAVONE

Professeur de droit romain,
Université “La Sapienza” (Rome)

1. Je veux commencer par dire que le livre dont nous sommes amenés à discuter aujourd’hui est un travail important, qui mérite pleinement le succès qu’il reçoit. Puisque je m’occupe de droit romain et donc d’Antiquité, il m’a été accordé de prendre la parole le premier, et j’ai voulu partir d’une affirmation et d’un jugement très clairs et très nets – qui n’ont pas besoin d’être interprétés – et qui, j’en suis certain, seront partagés par tous ceux qui interviendront après moi. J’espère ainsi avoir contribué à donner d’emblée le ton juste pour notre journée.

Et pourtant, la lecture de ce livre a également suscité en moi une certaine souffrance – même s’il s’agit d’une sensation à laquelle je suis malheureusement habitué depuis longtemps. Cette lecture m’a aussi rappelé que les leçons d’humilité et de modestie ne sont jamais trop nombreuses – non pas tant pour moi personnellement (même si on en a toujours besoin), que pour la discipline que je pratique depuis plus de cinquante ans : je veux dire pour l’histoire du droit romain. En effet, dans une recherche consacrée à « l’histoire de l’interprétation et de la raison juridique » des Grecs jusqu’à nous, les juristes romains – par lesquels tout a commencé – sont complètement absents : y sont consacrées moins de douze lignes au total ; ils sont traités comme un objet tout à fait négligeable, surtout parce qu’ils « ne nous ont laissé aucun traité d’interprétation »¹ (observation, par ailleurs, absolument vraie). Comment cela est-il possible ?

¹ B. Frydman, *Le sens de lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, 2011, 6^e éd. 2016, p. 44.

Je me suis alors rappelé les grands textes des juristes romains sur l'interprétation – sur l'interprétation de normes fondamentales dans l'histoire de Rome et de la civilisation juridique occidentale : de la loi des XII tables, des *leges publicae* – par exemple de la *lex Aquilia*, ou des lois d'Auguste sur le mariage – ou du *ius civile*, ou de l'édit du préteur, ou des *constitutiones principum*. J'ai revu les débats, imprégnés de théorie et d'expérience de terrain, à travers lesquels, entre l'époque de Labeon et celle d'Ulpien, les juristes romains se sont confrontés aux fondements de l'admissibilité de l'interprétation analogique – *pro portione* dans la langue des auteurs du II^e siècle – pour favoriser l'élargissement et la croissance de l'ordre juridique – du *ius civile* comme du *ius honorarium* – sans la nécessité de recourir à chaque fois à une intervention du préteur, des assemblées populaires ou du prince² ; et je me suis souvenu des pages et des pages que nous historiens du droit avons consacrées pour chercher à remettre au grand jour la signification politique, et pas seulement épistémologique, cachée dans les replis de ce débat, qui s'est prolongé durant plus d'un siècle (nous aussi, hélas, nous avons lu Foucault – mais en vain, à ce que je constate).

Je me suis souvenu de Servius Sulpicius Rufus, quand il écrit que « la réponse juridique est entièrement dans l'interprétation du cas » (*respondit in causa ius esse positum*)³, ou quand il déclare : *respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire*, (« qu'il ne fallait pas faire un usage abusif du droit civil, ni user des mots de manière captieuse, mais qu'il convenait de déterminer dans quel esprit une disposition était adoptée »)⁴ qui, en quelque sorte, clôt un débat entre rhétorique et pensée juridique qui avait impliqué au moins deux générations de savants. Et je me suis rappelé aussi de Sextus Pedius, quand il écrit que *quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eadem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri* (« toutes les fois que tel ou tel cas est traité par la loi, c'est l'occasion pour que les autres cas, qui tendent à la même utilité, soient intégrés, ou bien par l'interprétation des juristes, ou bien par la juridiction du

² ...*utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est* : Cels., 3 dig. en D.12.4.16.

³ Alf., 2 dig., en D.9.2.52.2.

⁴ Paul., 4 *epit.* Alf., en D.10.4.19.

magistrat »)⁵, où est tracé un programme de collaboration entre magistrats et juristes, destiné à marquer une époque et à élaborer un modèle qui allait résister jusqu'à la modernité, encore présent dans la réflexion de Domat et de Savigny ; sans parler de Javolenus, quand il dit avec une exaspération sceptique authentique mais unilatérale que « toute définition est dangereuse dans le droit civil ; en effet, il est bien rare qu'elle ne puisse être renversée » (*omnis definitio in iure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti potest*)⁶ ; ou encore de Neratius qui, presque à la même époque, mais sur un versant opposé d'un point de vue théorique, affirmait que *in omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*⁷ – un authentique monument de rationalisme juridique et de dogmatisme conceptuel ; ou de Iuventius Celsus quand, quelque temps plus tard, d'une position encore différente, il écrivait avec fureur que *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere*⁸ – un manifeste d'interprétation structuraliste *ante litteram* d'une rare efficacité ; ou enfin d'Ulpien quand, dans le célèbre *incipit* de ses *Institutiones*, utilisé par les compilateurs de Justinien pour ouvrir le *Digeste*⁹, il affirmait, quoiqu'avec une pointe de nicomédisme, que l'interprétation des juristes – *sacerdotes iuris* – était la seule à pouvoir juger de la légitimité substantielle – de la conformité au *ius* – des actes législatifs du prince, bien que celui-ci soit considéré *legibus solutus*¹⁰ : et ici, dans cette dialectique, on retrouve toute l'histoire de l'État moderne, condensée comme dans un foudre.

Mais non, rien de tout cela ne m'apparaît à la lecture : de l'histoire perdue. Pourtant, le livre de Frydman est un travail appuyé sur les sources et une robuste culture, plein de doctrine et d'idées, avec des passages d'importance absolue. Je répète donc : comment cela est-il possible ? Et comment est-il possible, par exemple, que ne soit cité aucun écrit d'un historien du droit romain, si ce n'est datant de presque cinquante ans ? Avons-nous donc gâché nos vies ?

⁵ Ulp., 1 *ad ed. aed. cur.*, en D.1.3.13.

⁶ Jav., 2 *ep.*, en D.50.17.202.

⁷ Ner., 5 *membr.*, en D.22.6.2.

⁸ Cels., 9 *dig.*, en D.1.3.24.

⁹ Ulp., 1 *inst.*, en D.1.1.1.1.

¹⁰ Ulp., 13 *ad leg. Iul. Et Pap.*, en D. 1.3.31 ; mais cf. aussi Ulp., 1 *inst.*, en D.1.4.1.

2. Jusqu'ici, la souffrance, comme je le disais. Mais ensuite, voilà la leçon d'humilité et de modestie. Il est impossible que la responsabilité de ce vide revienne à Benoît Frydman. La faute est uniquement et entièrement la nôtre. Une autre vérité s'impose, comme la seule possible. Si, dans un livre important d'un chercheur brillant et attentif comme celui dont nous parlons, consacré à l'histoire de l'interprétation, la pensée juridique romaine est complètement absente, c'est simplement dû au fait que la tradition des études de droit romain n'est pas parvenue, durant tout le XX^e siècle, à construire et à faire passer hors du cercle étroit des spécialistes une image un peu plus forte et persuasive de ce qu'a vraiment été la jurisprudence romaine, de ses acquis théoriques, la manière dont elle a travaillé, ses horizons intellectuels et les arrière-plans politiques qui l'animaient. Telle est la réalité, et il ne nous reste, à nous, historiens du droit romain, qu'à l'accepter pour ce qu'elle est. L'absence des juristes anciens dans un livre comme celui de Frydman dénonce, avec une évidence qui ne cesse de m'impressionner, la crise de toute une discipline. Si les études de droit romain sont aussi négligées, même par les savants qui devraient se sentir les plus proches de nous, c'est parce que nous n'avons pas réussi à leur parler avec une voix qui sache se faire entendre ; nous ne sommes pas parvenus à insérer nos recherches à l'intérieur de la culture de notre époque : historiographique, philosophique, juridique ; nous avons échoué à raconter des histoires crédibles. Dans le livre de Frydman, comme je le disais, l'historiographie sur le droit romain des quarante-cinq dernières années est complètement ignorée : un silence qui sonne à mes oreilles comme la pierre tombale refermée sur toute une tradition.

3. En réalité, la pensée juridique romaine – toute la pensée juridique romaine – ne naît pas autrement que comme une longue et consciente activité d'interprétation. Interprétation d'elle-même avant tout, de sa tradition la plus reculée, conservée à travers une mémoire orale tenace ; interprétation autoptique, pourrions-nous dire : on interprète les obscures paroles des *mores*, les rituels très anciens de la cité à ses origines, pour en tirer des indications et des règles pour le présent.

Puis, en pleine époque républicaine, on développe la confrontation entre deux paradigmes : le paradigme, appelons-le

ainsi, « démocratique » de la *lex*, de la *lex publica* qui ramenait à la primauté des assemblées populaires ; et le paradigme « aristocratique » du *ius*, qui ramenait aux connaissances exclusives et toujours plus spécialisées d'un groupe réduit de savants appartenant aux grandes familles de la noblesse. Et, de nouveau, le problème qui se pose concerne toujours et uniquement l'interprétation : interprétation ritualiste et formaliste du *ius* le plus ancien, et interprétation plus souple des *leges publicae* et des édits des préteurs. Et c'est justement ces deux modèles alternatifs qui ont conduit à la mise en place des deux plus importantes structures normatives du droit romain : le *ius civile* et le *ius honorarium*.

Quand ensuite, à partir de la fin du II^e siècle av. J.-C., la pensée juridique romaine allait passer de l'oralité à l'écriture, le genre littéraire qui bientôt allait devenir dominant fut, précisément, celui du commentaire, et donc de l'interprétation des textes reçus de la tradition : toute nouveauté – même la plus radicale et la plus innovante, comme celle de l'invention d'un droit formel et abstrait (au sens de Hegel, de Weber et de Kelsen) – allait être introduite par la forme transversale du commentaire, et de l'interprétation du passé.

Les commentaires lemmatiques de l'édit et du *ius civile*, écrites par les juristes de l'époque du principat – de Labeon, de Sabinus, de Pedius, de Pomponius, de Paul, d'Ulpie – que nous pouvons reconstituer à partir des fragments qui nous sont parvenus à travers le *Digeste* de Justinien, sont celles-là, dans leur ensemble, les grands traités romains sur l'interprétation juridique. Et ce sont leurs techniques d'argumentation qui sont devenues le laboratoire où s'est formée et développée la pensée juridique moderne, sur la base d'un savoir qui n'était pas moderne.

Dans la deuxième partie du livre de Frydman se trouvent des pages très belles et notables sur ce qu'il appelle « la science des modernes »¹¹. Eh bien, cette science, quand elle se référait au droit, était entièrement construite sur des matériaux et des catégories romaines. L'individualisme moderne – même quand il se reflétait chez ses critiques les plus précoces et géniaux, comme Spinoza – s'est construit avant tout selon un paradigme juridique, plutôt et

¹¹ *Les sens des lois*, op. cit., p. 229.

avant que politique, économique ou sociologique : mais cette création aurait été impossible sans la pensée romaine.

Et c'est ce que nous, aujourd'hui, nous avons encore à demander au droit romain : non pas tant, bien sûr, des modèles valables pour notre présent, mais ce que nous laisse découvrir l'histoire qui nous a permis de devenir ce que nous sommes. Sans cette histoire, je crains qu'il soit difficile de nous préparer sérieusement à l'avenir qui nous attend.

LA RENAISSANCE DANS *LE SENS DES LOIS* : LA MODERNITE JURIDIQUE EN QUESTION¹

Xavier PRÉVOST
Professeur d'histoire du droit,
Université de Bordeaux
Institut universitaire de France

Par l'ampleur du savoir qu'il mobilise, *Le sens des lois* est un ouvrage magistral dans lequel le juriste et le philosophe ne peuvent que trouver matière à réflexion pour leurs propres travaux. *Le sens des lois* a ainsi eu une véritable influence sur mes propres recherches : ma lecture de cet ouvrage indispensable dans la bibliothèque d'un historien de la pensée juridique est alors avant tout celle des réflexions qu'il a suscitées, et dont les résonances ne cessent de se faire ressentir.

Cette lecture est celle d'un moderniste et, plus particulièrement, d'un spécialiste de la pensée juridique du XVI^e siècle. L'ouvrage ne peut qu'interroger le chercheur en histoire moderne au regard des choix méthodologiques qu'il pose, des analyses qu'il développe et des conclusions qu'il formule. La démarche est des plus stimulantes, puisqu'elle consiste à étudier dans la longue durée l'histoire de la raison juridique², sans pour autant nier les ruptures épistémologiques qui la traversent. Il s'agit pour Benoît Frydman de soumettre l'histoire de la raison juridique au tamis des travaux de l'épistémologie contemporaine :

Nous avons exprimé ailleurs les plus grandes réserves que nous inspire cette théorie du droit « sans histoire ». L'épistémologie contemporaine a bien plutôt mis en évidence, dans tous les domaines, la succession des formes des

¹ Rédigé en 2018, cet article ne tient pas compte des publications ayant eu lieu entre cette date et sa parution en 2022.

² « Plus précisément, il nous a paru nécessaire d'envisager l'interprétation dans une perspective historiquement plus longue et émancipée d'une conception trop étroite de la frontière des disciplines », B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation juridique et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011 [2005], p. 21.

savoirs et des paradigmes, la brutalité des crises et des révolutions scientifiques, et, plus généralement, les discontinuités marquantes qui affectent tant l'histoire des idées en général, que l'évolution particulière de chaque discipline. L'histoire de la raison juridique ne fait pas exception. Son parcours est jalonné de conflits et de ruptures, de révolutions et de restaurations, au cours desquels se sont successivement imposées, sous le nom de « raisonnement juridique » et de « méthode d'interprétation », des conceptions radicalement différentes quant à la nature de la règle de droit et des outils à mettre en œuvre pour en déterminer le sens et en assurer l'application³.

L'analyse de Benoît Frydman le conduit à distinguer neuf modèles spécifiques d'interprétation, étudiés dans l'ordre chronologique de leur apparition. Ces neuf modèles sont eux-mêmes regroupés en trois ensembles, marqués par des ruptures fortes :

- « La dialectique des Anciens » comprend le modèle rhétorique, le modèle biblique, le modèle patristique et le modèle scolastique.
- « La science des Modernes » comprend le modèle géométrique, le modèle philologique et les modèles sociologique et économique.
- « Le tournant interprétatif contemporain » comprend le modèle normativiste et le modèle pragmatique.

En tant que moderniste, c'est le deuxième ensemble qui m'intéresse particulièrement, celui de « la science des Modernes », ici étudiée au prisme de la raison juridique. Ce choix de traitement pose une question évidente, celle de la modernité juridique. « Qu'est-ce que la modernité dans l'histoire de l'interprétation et de la raison juridique ? », telle est la question qui a guidé ma lecture du *Sens des lois*.

Il s'agit là d'une question extrêmement complexe, d'autant plus que le concept même de modernité est fuyant et contesté, notamment en raison des diverses acceptions dont il fait l'objet selon le champ considéré. Il s'agit d'une vraie difficulté, au regard du choix (légitime et pertinent compte tenu du but de la recherche) de dépassement des frontières disciplinaires effectué par Benoît Frydman. Ce choix renforce d'ailleurs l'intérêt de la question, qui peut alors être déclinée à l'infini.

³ *Ibid.*, p. 21-22.

La modernité juridique existe-t-elle ? Si elle existe, n'est-elle qu'une simple modalité de la modernité ou un phénomène particulier ? Dans ce cas, quelles sont ses caractéristiques propres et, spécialement, obéit-elle à une temporalité distincte de la modernité des autres champs disciplinaires ?

Pour y répondre, il est nécessaire de s'arrêter (ne serait-ce que rapidement) sur le concept même de modernité. Il est pour cela possible de partir des travaux fondateurs de Bruno Latour, lequel constate que « la modernité a autant de sens qu'il y a de penseurs ou de journalistes », ajoutant immédiatement :

Pourtant, toutes les définitions désignent d'une façon ou d'une autre le passage du temps. Par l'adjectif moderne, on désigne un régime nouveau, une accélération, une rupture, une révolution du temps. Lorsque les mots "moderne", "modernisation", "modernité" apparaissent, nous définissons par contraste un passé archaïque et stable. De plus, le mot se trouve toujours lancé au cours d'une polémique, dans une querelle où il y a des gagnants et des perdants, des Anciens et des Modernes⁴.

Le concept de modernité est alors le plus souvent défini au regard de l'histoire des sciences formelles et naturelles (cette approche étant d'ailleurs celle de Bruno Latour), bien qu'il soit là aussi l'objet de contestations et de divergences, comme l'illustre clairement, par exemple, la récente *Histoire des sciences et des savoirs* dirigée par Dominique Pestre⁵. Cette approche est celle de Benoît Frydman dans

⁴ B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte & Syros, 1997 [1991], p. 19-20. Il n'est pas utile ici de détailler précisément la définition de la modernité retenue par Bruno Latour, qui postule que « le mot "moderne" désigne deux ensembles de pratiques entièrement différentes qui, pour rester efficaces, doivent demeurer distinctes mais qui ont cessé récemment de l'être. Le premier ensemble de pratiques crée, par "traduction", des mélanges entre genres d'êtres entièrement nouveaux, hybrides de nature et de culture. Le second crée, par "purification", deux zones ontologiques entièrement distinctes, celle des humains d'une part, celle des non-humains de l'autre », p. 20-21.

⁵ Si le tome 2, qui s'étend du dernier tiers du XVIII^e siècle à la Première Guerre mondiale, est sous-titré « Modernité et globalisation », l'introduction du tome 1 (« De la Renaissance aux Lumières ») n'hésite pas à affirmer que « les historiens ont depuis une trentaine d'années remis en cause radicalement la notion de "révolution scientifique" en questionnant tout à la fois la singularité, la rupture, la périodisation – les attaques contre la notion de "révolution scientifique" par exemple ont été nombreuses et répétées – ou encore la géographie de la modernité scientifique centrée sur l'Europe occidentale. Ce travail décapant n'a plus rien laissé de la notion même de modernité, trop souvent il est vrai implicitement identifiée à celle de modernisation. Pour l'essentiel, il faut le rappeler, le registre de la nouveauté reste, à l'époque moderne, négatif comme celui de la mobilité, contraire aux lois de la nature,

Le sens des lois, qui place la rupture entre « la dialectique des Anciens » et « la science des Modernes » dans l'histoire de la raison juridique par analogie avec l'histoire de la raison mathématique⁶. Cette solution s'inscrit d'ailleurs dans son approche globale qui considère que « [l']histoire de la pensée juridique, c'est-à-dire de la pensée inscrite dans les pratiques du droit et dans leurs rationalisations, est inextricablement mêlée à l'histoire générale des sciences et des idées, à laquelle elle participe de plein droit »⁷.

Ainsi, la démonstration développée dans le *Sens des lois* place le début de la modernité juridique (du point de vue de l'histoire de la raison) au XVII^e siècle. Cette conclusion pose, pour le lecteur seiziémiste que je suis, la question de la modernité de la pensée juridique de la Renaissance. Les auteurs du XVI^e siècle sont-ils des Modernes ou des Anciens au regard de l'histoire de l'interprétation et de la raison juridique ?

Benoît Frydman n'apporte qu'une réponse indirecte à ce questionnement, puisqu'il ne traite pas en elle-même de la Renaissance dans *Le sens des lois*. L'ouvrage de 700 pages passe en effet de la scolastique médiévale au modèle géométrique du

attaché aux vices et pourvoyeur de catastrophes et de malheurs », S. Van Damme, « Un ancien régime des sciences et des savoirs », *Histoire des sciences et des savoirs* (D. Pestre dir.), 1. *De la Renaissance aux Lumières* (S. Van Damme dir.), Paris, Seuil, 2015, p. 19-20.

⁶ « Ce compromis subtil entre l'autorité et la raison sera toutefois brisé par la révolution scientifique moderne. Au XVII^e siècle, la science nouvelle préfère, à l'image de Galilée, l'observation et le calcul, à l'interprétation des textes anciens et aux décrets des docteurs de l'Église, dont elle dénonce les erreurs et la bêtise, mais qui conserveront longtemps de puissantes positions et les moyens de nuire. Rejetant l'argument d'autorité dans le domaine de l'arbitraire, la philosophie prétend désormais se fonder sur la raison pure. Il s'ensuit un bouleversement de la méthode, qui rejette l'interprétation en dehors du domaine de la science. Les juristes modernes lui préfèrent la construction des systèmes de droit naturel ou la mise en ordre des droits nationaux, qui conduira un jour à leur codification. À la discussion, on prétend substituer la démonstration mathématique, et le syllogisme remplace la dialectique comme modèle de décision judiciaire. Les grands textes de la tradition sont désacralisés et réduits au rang de documents historiques, portant témoignage des opinions contestables, et le plus souvent périmées, des hommes du passé. C'est dans cet esprit que se forge la conception moderne de l'interprétation. Celle-ci ne recherche plus dans le texte la part de vérité qu'il recèle, mais plutôt l'intention de celui qui l'a écrit, quand bien même il se serait trompé », B. Frydman, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 23-24.

⁷ L'auteur poursuit : « L'interprétation y occupe une place éminente. [...] L'interprétation juridique ne constitue en réalité qu'un genre particulier d'une activité plus générale, dont il ne faut pas vouloir l'isoler », *ibid.*, p. 25.

XVII^e siècle en ne consacrant que quelques lignes à la Renaissance (§ 108), qu'il convient de citer intégralement :

Si l'École [= la scolastique médiévale] continue pendant longtemps de régner en maîtresse sur l'enseignement européen, elle doit subir, depuis la Renaissance, les railleries et les sarcasmes des humanistes, comme Rabelais et Érasme, qui tournent en ridicule sa philosophie, son latin barbare, son art de la glose et de la dispute.

Toutefois, si l'humanisme prétend débarrasser les monuments de l'Antiquité de leur encombrant appareil scolastique, il demeure plus que jamais attaché à l'enseignement des textes fondateurs, qu'il s'agit de retrouver dans leur pureté originelle, épurés de leurs commentaires et de leurs gloses médiévales. Dans le domaine religieux, la Réforme rompt violemment avec la tradition catholique et rejette les autorités patristiques pour retourner aux textes mêmes du Nouveau et de l'Ancien Testaments, en application du principe « *sola scriptura* » (l'Écriture seule). Cependant, le rapport au savoir de la Renaissance demeure fondamentalement de l'ordre de l'interprétation, même si les humanistes prétendent en renouveler les techniques⁸.

La Renaissance paraît dès lors pencher dans le camp des Anciens, sans pour autant lui appartenir ; comme le montre d'ailleurs l'inscription de ces lignes dans la deuxième partie de l'ouvrage, laquelle traite de « la science des Modernes ».

La Renaissance pourrait alors apparaître comme une période de transition. Une telle conclusion est adoptée par un certain nombre d'autres études. C'est par exemple le choix explicite d'un ouvrage qui se prête à une lecture croisée avec *Le Sens des lois*, à savoir l'*Histoire de la philosophie du droit* de Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli. Les auteurs y affirment que « de la *via antica* à la *via moderna* se dessine [...] une transition complexe, dont historiquement la Renaissance fut le théâtre principal »⁹. Cette transition s'ouvrirait avec la Seconde scolastique, qu'élude d'ailleurs *Le sens des lois*. Cette absence pose aussi question, notamment avec la parution récente de plusieurs études ayant mis en avant les apports fondamentaux des théologiens et juristes passés par Salamanque au début de l'époque moderne pour l'histoire de la pensée juridique¹⁰.

⁸ *Ibid.*, p. 232-233.

⁹ J.C. Billier et A. Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2005 [2001], p. 99.

¹⁰ Cf., par exemple, L. Brunori, *Societas quid sit. La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique*, Paris, Mare & Martin, 2015 ; W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leyde, Nijhoff, 2013.

La comparaison avec l'étude fondatrice de Ian Maclean, récemment traduite en français sous le titre *Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit*, est-elle aussi éclairante. L'ouvrage, tout aussi indispensable que *Le sens des lois* pour un seiziémiste, s'intéresse d'ailleurs à la même question mais en ne traitant que du début de l'époque moderne. Ian Maclean y propose de « remettre en question l'adéquation entre système de communication et langage, ainsi que d'identifier (dans la mesure du possible) les éléments qui marquent justement les ruptures des schèmes conceptuels de la Renaissance »¹¹. Au terme de son analyse, l'auteur considère toutefois en partie la période 1460-1630 comme une transition dans l'histoire de l'interprétation, bien qu'il mette en évidence d'importantes transformations¹².

Une telle conclusion mérite toutefois d'être réinterrogée. Cela est d'autant plus nécessaire que l'analyse de la Renaissance comme période de transition revient à occulter l'existence d'une/de rupture(s), alors qu'il s'agit d'un angle fort de l'analyse de Benoît Frydman dans *Le sens des lois*¹³. La transition signifie l'évolution dans la continuité, le passage sans heurt d'une période à une autre sans découverte brutale ou radicale. Une telle grille d'analyse « continuiste » privilégie ce qui perdure au détriment de ce qui change. Le risque est alors grand de ne considérer l'histoire de la pensée juridique que comme une simple progression vers la situation actuelle. La négation des ruptures est pourtant un écueil qu'il s'agit d'éviter, comme le montre bien l'historiographie contemporaine,

¹¹ I. Maclean, *Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit* (V. Hayaert trad.), Genève, Droz, 2016 [1992], p. 27.

¹² « Nous voici ramenés de nouveau à la question : de quelle manière la jurisprudence de la Renaissance diffère-t-elle dans sa perception du sens et de l'interprétation de ce qui l'a précédée et de ce qui lui a succédé ? Y a-t-il eu à la Renaissance une crise généralisée de l'analyse du langage et de la signification [...] qui se serait reflétée dans l'interprétation juridique ? Ou bien cette enquête reflète-t-elle plutôt qu'il existe une vision "juridique" pérenne du langage et de ses problèmes qui unirait en une vision professionnelle commune Bartole et Balde aux auteurs les plus récents qui ont traité de l'interprétation du droit ? De quelle façon la jurisprudence de la Renaissance s'est-elle démarquée, dans sa perception du langage, de ce qui l'a précédée ? Tout porte à croire qu'il y a eu à la fois continuité et changement », *ibid.*, p. 211-212.

¹³ « Notre histoire des modèles d'interprétation accordera une place substantielle à la définition de ces visions du droit successives et aux ruptures, généralement brutales, qui marquent le passage de l'une à l'autre », B. Frydman, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 35.

notamment concernant la pensée juridique¹⁴. Dès lors, puisqu'il y a de toute évidence une rupture entre la raison juridique médiévale et la raison juridique moderne, il ne paraît pas opportun de penser la Renaissance simplement en termes de transition. Il est nécessaire de pouvoir la situer, ce qui pose la question du moment de la rupture : se place-t-elle avant, pendant ou après le XVI^e siècle ?

Pour savoir où se situe exactement la rupture, une analyse détaillée de la pensée juridique de la Renaissance est indispensable. Cette rupture ne saurait être postulée par la seule reprise de celles qui ont pu être mises en évidence dans d'autres champs du savoir. Il faut spécialement se pencher sur l'histoire de la raison juridique.

Il s'agit d'une entreprise compliquée, pour laquelle Benoît Frydman nous fournit de nombreuses données, qui peuvent alors être recoupées avec les travaux les plus récents consacrés à la pensée juridique du XVI^e siècle. Ce que nous offre Benoît Frydman, c'est son analyse de la modernité juridique. *Le sens des lois* propose en effet une caractérisation de la modernité dans l'histoire de l'interprétation et de la raison juridique, à travers les modèles qui apparaissent au XVII^e siècle : le modèle géométrique et le modèle philologique. Le philosophe belge indique que la rupture moderne se caractérise par la volonté de « *reconstituer le droit sur le modèle des sciences exactes* »¹⁵. Le modèle géométrique consiste dès lors en un double mouvement de systématisation et de mise en ordre du droit copié de « la méthode des mathématiciens »¹⁶ ; quand le modèle philologique apparaît comme une remise en cause du statut épistémologique de l'autorité par la mise en œuvre des principes de la méthode historique « calquée sur la méthode des sciences naturelles »¹⁷.

Pour tenter de déterminer où se situe la Renaissance par rapport à la rupture de la modernité juridique, on peut alors reprendre

¹⁴ N. Hakim, « Histoire du droit et politique : éviter l'affrontement, affronter l'inéluctable », *L'histoire du droit entre science et politique*, Editions de la Sorbonne, 2019, p. 9-27 ; M. Xifaras, « Comment rendre le passé contemporain ? », *Penser l'ancien droit privé. Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)* (X. Prévoist et N. Laurent-Bonne dir.), Paris, LGDJ, 2018 ; J.L. Halpérin, « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, t. 30, 2017, p. 31-48.

¹⁵ B. Frydman, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 342.

rapidement ces deux modèles et les comparer aux méthodes des jurisconsultes du XVI^e siècle.

La systématisation et la mise en ordre du droit, apparemment propres au modèle géométrique, sont également les principales caractéristiques des écrits des jurisconsultes humanistes du courant dit systématiste. Éguiner Baron (v. 1495-1550), François Connan (1508-1551), François Le Douaren (1509-1559) et surtout Hugues Doneau (1527-1591) s'évertuent à constituer un « système cohérent et soigneusement ordonné »¹⁸ à partir du *Corpus juris civilis*. Sous l'influence du rationalisme, ils développent une conception du droit abstraite et systématique qui a durablement transformé les ordres juridiques européens¹⁹. Leur approche modifie radicalement la forme du droit (désormais présenté à travers un plan qui se veut logique) et se répercute inévitablement sur les notions de fond. Ainsi, le système proposé par Doneau découle d'une nouvelle théorie du droit naturel à laquelle doivent beaucoup les travaux de Grotius et de ses épigones²⁰ ; et ses *Commentarii de jure civili* cherchent à exposer le droit selon un ordre logique qui, suivant une démarche déductive, va du général au particulier²¹, assurant une conception du droit qui marque encore les ordres juridiques contemporains²².

Quant à la méthode historique du modèle philologique, que Benoît Frydman expose à travers les écrits de Spinoza (1632-1677), ses caractéristiques se retrouvent dans l'autre grand courant de l'humanisme juridique, l'historicisme. La méthode spinoziste d'analyse des textes repose en effet sur une « critique interne » et une « critique externe », qui partagent de troublantes ressemblances avec

¹⁸ J.L. Thireau, « Humaniste (Jurisprudence) », *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials dir.), PUF, 2003, p. 798.

¹⁹ Au sujet de l'influence décisive de cette doctrine sur le droit contemporain, cf. J.L. Thireau, « Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, t. 26, 1997, p. 81-100.

²⁰ J. L. Thireau, « Humaniste (Jurisprudence) », *op. cit.*, p. 798.

²¹ J.L. Thireau, « Doneau Hugues (1527-1591), *Commentarii de jure civili*, Francfort-sur-le-Main, 1596 », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* (O. Cayla et J.L. Halpérin dir.), Paris, Dalloz, 2008, p. 139-142.

²² *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)* (N. Laurent-Bonne et X. Prévost dir.), Paris, LGDJ, 2016 ; d'ailleurs, au sujet de « la naissance de l'ordre juridique », replacée dans le cadre de la « violente querelle des Anciens et des Modernes », cf. spécialement la contribution de B. Frydman, « L'ordre juridique : un concept historiquement situé », p. 43-55.

la méthode de Jacques Cujas (1522-1590), principal représentant de l'humanisme historiciste²³. Les étapes du raisonnement spizoniste exposées dans *Le sens des lois*²⁴ sont presque exactement celles de l'interprétation juridique cujacienne : tant les trois moments de la critique interne (la maîtrise de la langue du texte, le rétablissement de l'ordre du texte et la recherche du sens exact du texte), que les deux temps de la critique externe (la détermination du contexte de la rédaction et l'étude de la réception du texte) se trouvent au cœur de l'analyse du *Corpus juris civilis* menée par Cujas. En rupture avec les commentaires médiévaux des compilations justiniennes, la démarche historico-philologique de l'humaniste le conduit à faire sortir de l'atemporalité les dispositions juridiques romaines, lesquelles apparaissent désormais comme le produit de contextes déterminés.

Pourtant, ces comparaisons²⁵ ne peuvent que conduire à questionner le moment de la rupture. Il n'y a pas lieu ici d'y répondre avec précision, mais simplement de soulever cette question, qui nécessite en retour une argumentation étoffée nourrie d'un large débat sur la pensée juridique à la Renaissance. Si cette période de l'histoire de la pensée juridique a été trop longtemps négligée par l'historiographie, il est certain que le récent regain d'intérêt dont elle fait l'objet²⁶ offre d'heureuses perspectives pour répondre à cette interrogation, tout en illustrant la nécessité de nouveaux travaux au regard des lacunes encore béantes de la recherche. Il faudra dès lors se contenter ici d'une conclusion provisoire, celle de la nécessité de ne pas négliger le XVI^e siècle comme un simple entre-deux dans l'histoire de la pensée juridique, mais d'y voir un moment fort qui est possiblement celui d'une rupture décisive dans l'histoire de la raison juridique.

²³ Concernant la méthode de Jacques Cujas, cf. X. Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590), Jurisconsulte humaniste*, Genève, Droz, 2015, spécialement p. 234-302 pour l'analyse des textes selon une double critique interne et externe.

²⁴ B. Frydman, *Le sens des lois...*, *op. cit.*, p. 343-347.

²⁵ Ces comparaisons demeurent très limitées, puisque, outre leur rapidité, elles ne portent que sur deux des principales méthodes des jurisconsultes humanistes français du XVI^e siècle, lesquelles ne constituent qu'une fraction des méthodologies juridiques de la Renaissance.

²⁶ Cf. le très riche bilan historiographique que vient de dresser G. Cazals, « Une Renaissance. Doctrine, littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en France », *Chlo@Themis*, t. 14, 2018, en ligne (non paginé).

Ma lecture du *Sens des lois* est donc celle d'une question épistémologique majeure, propre à occuper une carrière. Pour cela, et bien plus encore, je suis infiniment reconnaissant à Benoît Frydman.

LA METHODE SCIENTIFIQUE ET L'ETUDE DU DROIT OU POURQUOI LES JURISTES N'AIMENT PAS TOUJOURS LA SCIENCE

David SOLDINI

Maître de conférences en droit public,
École de droit de la Sorbonne

Dans son riche et imposant ouvrage *Le Sens des Lois*¹, Benoît Frydman dresse un bilan particulièrement critique du normativisme. Condamnant les juristes au silence, il conduit à l'abandon de l'élaboration et de l'application des lois aux princes et ne fournit aucun critère permettant de distinguer un arrêt juste d'une décision scélérate². Ce qui est reproché au normativisme l'est habituellement à toutes les approches positivistes du droit. Cette critique rejoint, à notre avis, les critiques qui ont pu être adressées au développement de la méthode scientifique dans de nombreux domaines de la connaissance. Ces attaques sont la conséquence directe de l'application de cette méthode qui conduit à une raréfaction de la parole du chercheur sur de nombreux sujets qui peuvent pourtant paraître indissociables de son objet d'étude. Cela provoque une certaine frustration, à l'origine des réactions de nombreux acteurs.

Afin d'exposer ce propos, il convient, au préalable, d'apporter quelques rapides précisions terminologiques. Les termes « normativisme » et « positivisme » sont utilisés en référence à des définitions larges. Le mot « positivisme » désigne l'ensemble des approches se définissant ou étant définies comme telles et qui se

¹ Le texte qui suit reprend, dans ses grandes lignes, l'intervention prononcée lors de la journée d'étude organisée par la Société pour l'histoire des facultés de droit le 16 mars 2018 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne autour du livre de B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011. Je remercie à nouveau Benoît Frydman ainsi que Pierre Bonin, qui a organisé cette journée, pour l'occasion qui m'est ainsi donné de présenter ces idées.

² B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 585.

caractérisent par la reconnaissance de principes épistémiques généralement et ici désignés par l'expression « méthode scientifique »³. Le terme « normativisme » désigne une des formes possibles, historiquement située, de l'application de cette méthode à l'étude du droit. Il conviendra de préciser plus avant le sens exact de l'expression « méthode scientifique » et donc du terme « positivisme ». Il ne sera pas question en revanche d'approfondir ici ce qui distingue le normativisme des autres approches positivistes, c'est-à-dire de l'ensemble des méthodes qui se définissent comme telles ou qui sont régulièrement désignées comme telles et qui partagent les présupposés épistémiques désignés sous l'expression « méthode scientifique ».

Après avoir rapidement discuté l'idée d'une crise frappant le positivisme et le normativisme (I), nous procéderons à l'étude des causes du sentiment de frustration qui semble frapper de nombreux juristes contemporains, en rappelant les fondements épistémiques de la méthode scientifique et en évoquant les conséquences de leur mobilisation dans le cadre de l'étude du phénomène juridique (II).

I. Les différentes crises alléguées du positivisme

L'idée d'une crise liée aux approches positivistes du droit est reprise plusieurs fois dans l'ouvrage de Benoît Frydman. D'abord lors de la présentation du modèle géométrique⁴ puis lors du bilan critique du normativisme⁵.

La notion de crise appliquée à une idéologie peut renvoyer à différents phénomènes. Concernant le positivisme juridique, la notion désigne le plus souvent, et plus particulièrement dans l'ouvrage commenté, l'idée d'une crise historique ou morale. Le désastre de la Seconde Guerre mondiale aurait définitivement démontré les dangers et les limites des approches positivistes. Les juristes seraient condamnés à rechercher leur salut et celui de la société, en renouant avec le jusnaturalisme que les positivistes avaient cru, à tort, détruire. Suivant cette approche, si le positivisme ne peut

³ L'expression et la définition de la « méthode scientifique » sont notamment empruntées à E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, Les Belles Lettres, 2014.

⁴ B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 264.

⁵ B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 585.

être tenu pour directement responsable de la dérive totalitaire, il a cependant créé un terreau fertile à ces régimes inhumains. En cela, il doit être considéré comme condamné moralement.

Enfin, s'ajoute aux crises historique et morale, une troisième forme de crise, que l'on qualifiera de fonctionnelle mais qui pourrait tout aussi bien être considérée comme existentielle pour de nombreux juristes. Avec l'avènement du positivisme, ces derniers seraient amenés à abandonner leur fonction historique et donc leur raison d'être. D'autres diraient que le positivisme les invite simplement à se taire, ce qui ne peut que déplaire.

Après avoir écarté l'idée d'une crise historique (A) ou morale (B), il conviendra de s'interroger sur l'idée d'une crise fonctionnelle (C) provoquée par le développement des approches positivistes.

A. L'absence de crise historique dans l'après-guerre

La crise historique du positivisme désigne le prétendu abandon des approches positivistes par les juristes, après la Seconde Guerre mondiale. Cette idée mérite d'être fortement nuancée. En effet, du point de vue de sa diffusion dans les communautés de juristes, le normativisme tend à s'imposer à la fin des années 1950, non sans critiques et contestations, dans de très nombreuses traditions universitaires. Ainsi, Herbert Hart publie *Le concept du droit* en 1961 alors qu'en France les travaux de Hans Kelsen sont traduits et diffusés par Charles Eisenmann⁶. Pendant ce temps, en Italie, Norberto Bobbio s'évertue à faire connaître l'œuvre du philosophe autrichien aux juristes italiens avec un évident succès⁷.

Parallèlement à cette diffusion du normativisme, qui aura une influence durable sur la formation des juristes des différents États, se développent également rapidement d'autres approches, qui se revendiquent ou sont également qualifiées de positivistes : le réalisme ou les réalismes, issus en particulier des traditions scandinaves et américaines.

⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann trad.), Paris, Dalloz 1962.

⁷ Cf. notamment, parmi l'impressionnante production de Norberto Bobbio sur le positivisme et le normativisme, les articles traduits en français et regroupés sous le titre « Etudes kelsénienne », *Essais de théorie du droit* (N. Bobbio dir.), Paris, LGDJ, 1998.

Il faudra attendre la fin du XX^e siècle pour voir apparaître des tentatives de conciliation ou de rapprochement entre ces deux branches du positivisme. C'est le cas de la théorie réaliste de l'interprétation, développée par Michel Troper⁸ mais également de la théorie de Jurgen Habermas⁹, qui cherche une conciliation entre les différentes rationalités (sociales, juridico-idéales, éthiques...). Les débats entre positivistes se poursuivent pendant plusieurs décennies, comme en témoigne par exemple en France, la controverse opposant Otto Pfersmann à Michel Troper au début des années 2000 sur les présupposés épistémiques de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁰.

Aussi, si les approches positivistes sont critiquées, contestées, parfois complétées, il paraît excessif de parler de crise grave, du moins du point de vue historique. Au contraire, la période de l'après-guerre est caractérisée par le développement des approches positivistes. Les réactions contre ces approches, parfois brillantes, néanmoins souvent isolées, témoignent de cette hégémonie bien plus qu'elles ne parviennent à la contester.

B. L'absence de crise morale

Les réactions anti-positivistes de l'après-guerre reposent le plus souvent sur le postulat que le positivisme porte une part de responsabilité dans l'avènement des régimes totalitaires en Europe. Ainsi, en Belgique, Chaïm Perelman avec la Nouvelle Rhétorique¹¹ ou en Allemagne Gustav Radbruch¹² qui, dans une perspective plus conciliante, développe les concepts d'injustice légale et de droit supralégal, estiment tous deux devoir dépasser le positivisme et réintroduire, au sein de l'étude du droit, une discussion sur les

⁸ Cf. en ce sens, notamment, M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, collection Léviathan, 1994 et, *Id.*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, collection Léviathan, 2001.

⁹ Cf. en particulier, J. Habermas, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, 1992.

¹⁰ O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002/4, p. 789-836 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002/2, p. 335-353 ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002/4, p. 759-788.

¹¹ L. Olbrechts-Tyteca et C. Perelman, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958, vol. 1 et 2.

¹² G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 105-108.

valeurs, la morale et la justice. Ces questions ne peuvent être dissociées de la problématique de la définition même de ce qu'est le droit. La guerre et les régimes totalitaires ont montré le risque d'une conception du droit axiologiquement neutre qui pose comme seul critère de juridicité la validité formelle des règles juridiques et place les notions d'autorité et d'obéissance au cœur de son modèle de représentation théorique.

L'argument est connu : en défendant une conception « pure » de l'étude du droit, les normativistes auraient, sinon encouragé, au moins rendu légitime l'idée que le droit n'est que le produit de l'autorité et qu'il convient, en toutes circonstances, d'y obéir. En alimentant le mythe de la toute-puissance de l'État, seul créateur de droit et unique détenteur de la force légitime nécessaire à la sanction, le normativisme, prolongeant l'œuvre du courant positiviste dans lequel il s'inscrit, aurait rendu les juristes mués, incapables de dénoncer ce qui pouvait être légal mais qui n'en était pas moins inhumain, immoral ou injuste. Neutralisant toute volonté de résistance, le positivisme et le normativisme auraient ainsi prêté main-forte aux totalitarismes en offrant aux dictateurs modernes une conception du droit à leur mesure, adaptée à leurs sombres desseins.

Cette critique, présentée ici de manière caricaturale, n'est sans doute pas sans intérêt et elle a le mérite de dénoncer la manière dont les idéologies politiques totalitaires ont pu dévoyer et récupérer différents courants de pensée. Toutefois, si des liens peuvent, a posteriori, être établis entre le totalitarisme du XX^e siècle et certains discours se réclamant du positivisme, ce lien existe également avec le naturalisme, le matérialisme, le spiritisme, l'existentialisme et même, du moins, pour les juristes, le pluralisme¹³ ! Le désastre idéologique du milieu de XX^e siècle a tout emporté sur son passage et il paraît difficile de disqualifier l'héritage intellectuel européen qui précède l'avènement des idéologies totalitaires au motif que ces dernières auraient souhaité s'inscrire dans des sillons plus nobles que ceux qui les ont réellement vus naître et prospérer.

¹³ À propos des liens entre la théorie du pluralisme juridique et l'idéologie fasciste cf. notamment : D. Soldini « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14 (<http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html>, consulté le 15 juillet 2018).

C. Une crise fonctionnelle et existentielle ?

Il est cependant possible de percevoir une troisième forme de « crise » dans les propos de Benoît Frydman. Il s'agit d'une crise de fonction du travail des juristes, qui peut s'interpréter comme une crise existentielle. Le bilan critique du normativisme, dressé avec beaucoup de clarté, consiste à dénoncer l'impuissance dont seraient victimes ses adeptes. Le normativisme et le positivisme condamnent les juristes au silence, ces approches conduisent à l'abandon de l'élaboration et de l'application des lois aux princes, elles ne fournissent aucun critère permettant de distinguer un arrêt juste d'une décision scélérate. L'attaque est frontale.

L'auteur dénonce les conséquences des postulats épistémiques des théories positivistes et en particulier la version du normativisme développée par Hans Kelsen. Ce dernier revendique ce que Benoît Frydman critique : le rôle des juristes n'est pas de juger, établir ou évaluer la norme juridique mais de l'identifier puis de la décrire. Le juriste ne doit pas justifier moralement la règle de droit, ou la dénoncer comme injuste le cas échéant, mais simplement attester son existence et la décrire en des termes dénués, le plus possible, d'ambiguïtés. La pureté, revendiquée par le théoricien autrichien, se mute, dans le discours de Benoît Frydman, en un défaut originel qui disqualifie la méthode normativiste. Au cœur du différent, deux conceptions du rôle ou de la fonction du juriste s'opposent : le juriste observateur de Hans Kelsen d'une part, le juriste créateur de droit de Benoît Frydman de l'autre.

Le propos n'est pas sans rappeler certaines réflexions de Norberto Bobbio sur les limites de l'approche normativiste et sa recherche, infructueuse, d'une théorie fonctionnaliste du droit, susceptible de compléter l'analyse formaliste et structuraliste proposée par le normativisme¹⁴. Pour le théoricien turinois, l'enjeu de cette recherche impossible répond à un impératif d'ordre quasiment existentiel. En se cantonnant à la seule lecture normativiste, qui s'intéresse principalement à la structure des normes et des ordres juridiques, les juristes ignorent les phénomènes qui caractérisent pourtant l'évolution contemporaine du droit : le développement des sanctions positives ou de la fonction

¹⁴ N. Bobbio, *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, 2012.

promotionnelle du droit¹⁵. Ils se condamnent ainsi au silence et laissent aux autres chercheurs en sciences sociales le soin de décrire les phénomènes qui concernent pourtant leur objet d'étude. Les économistes, les sociologues, les psychologues, se chargent d'étudier et interpréter ces évolutions, avec leurs outils, tandis que les juristes sont incapables de les identifier.

S'ils semblent partager les mêmes présupposés critiques face au silence imposé aux juristes par le normativisme, force est d'admettre que les résultats auxquels parviennent les deux auteurs diffèrent radicalement : alors que Norberto Bobbio semble reconnaître l'impossibilité de développer une théorie fonctionnaliste sur des fondements scientifiques solides, Benoît Frydman s'efforce de proposer une approche alternative en partant de fondements épistémiques différents.

La réflexion de Norberto Bobbio repose sur l'idée que la science se construit en segmentant et en séparant les problèmes ; Benoît Frydman suit quant à lui une approche inclusive, multidisciplinaire et globalisante. Le théoricien italien affirme :

la science moderne naît de la recherche patiente de petits domaines d'étude, de l'abandon des intuitions générales, de la substitution graduelle des visions universelles gratuites par des vérités partielles contrôlées¹⁶.

À l'inverse, Benoît Frydman prône une approche alternative à la méthode scientifique et analytique, le modèle pragmatique.

Le modèle pragmatique rend compte de la rationalité à l'œuvre dans la pratique du droit et lui impose ses exigences de validité. À l'inverse des modèles modernes, le modèle pragmatique puise ses ressources au cœur même de la raison juridique, de son génie et de son histoire¹⁷.

D'un côté, la méthode scientifique se déploie, avec ses analyses, ses distinctions, ses conclusions partielles et sa parole rare ; de l'autre, la recherche d'un ensemble cohérent, la raison juridique, favorise les

¹⁵ Les sanctions positives visent à récompenser une action conforme ou super-conforme. En renonçant à attribuer une valeur axiologique aux notions juridiques, le normativiste ne peut distinguer une norme sanctionnée négativement d'une norme sanctionnée positivement (dans les deux cas, elles correspondent à la formule : « Si (a) alors il doit (b) »).

¹⁶ N. Bobbio, « La teoria pura del diritto e i suoi critici », *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, p. 91.

¹⁷ B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., p. 682.

associations d'idées, les rapprochements presque intuitifs et la multiplication des discours.

Refusant de renoncer aux présupposés épistémiques de la méthode scientifique, Norberto Bobbio concluait sa recherche par un aveu d'impuissance ; Benoît Frydman, méfiant envers le positivisme et soucieux de redonner la parole aux juristes, veut croire en la possibilité d'une théorie du droit à vocation spéculative et interprétative même s'il admet son caractère ontologiquement imparfait : « le débat contemporain contraint les juristes à faire leur deuil d'une technologie officielle de l'interprétation, qui viendrait occuper la place laissée vacante par la doctrine de l'exégèse »¹⁸.

Au-delà des différences, substantielles, entre les propos de Benoît Frydman et de Norberto Bobbio, tous deux, à plus de 30 ans d'écart, s'inquiètent du silence des juristes. Si les conclusions s'opposent, les constats de départ se ressemblent : le normativisme conduit les juristes à un certain mutisme. Considéré gênant, frustrant et parfois même dangereux par certains, le silence relatif du chercheur est pourtant une conséquence habituelle de l'application de la méthode scientifique à un domaine de la connaissance. Le droit ne fait pas exception.

II. Les caractéristiques de la méthode scientifique et le silence du chercheur

Loin de constituer une spécificité propre aux seules discussions entre juristes, le lien entre le recours à la méthode scientifique et la raréfaction de la parole des chercheurs est un phénomène classique dans le développement de la connaissance. Le progrès de la méthode scientifique conduit à l'abandon d'un certain nombre de prétentions de la part des spécialistes. Il entraîne une progressive autolimitation des discours des chercheurs sur des sujets qui pouvaient pourtant paraître inextricablement liés à leur objet d'étude. Facteur de frustration pour certains, gage d'objectivité et de scientificité pour d'autres, le silence du chercheur révèle son adhésion aux deux principes qui fondent la méthode scientifique : l'abandon de toute prétention ontologique des théories scientifiques (A) et le retrait du

¹⁸ *Id.*

sujet observant de l'objet observé (B), origine et condition de la neutralité axiologique.

Ces deux caractéristiques réduisent la fonction de compréhension du réel, longtemps attribuée aux discours savants au profit du développement de connaissances partielles mais sûres, car contrôlées. Elles limitent également la parole du scientifique, et éventuellement du juriste, qui renonce à intervenir dans de nombreux débats, du moins en tant que scientifique ou en tant que juriste observateur.

L'introduction de la méthode scientifique conduit en effet à la diversification de la figure du spécialiste. Ainsi, la fonction du juriste se dédouble pour former deux catégories parfaitement distinctes : d'une part, le juriste observateur, de l'autre, le juriste acteur. Cette distinction supplante la division traditionnelle entre le juriste praticien et le juriste savant. Le juriste acteur peut être praticien au sens classique du terme (juge, avocat) mais il peut également occuper une place de savant (universitaire, chercheur) et s'employer à influencer la production de règles juridique ou leur interprétation : il renonce alors à la neutralité axiologique propre à l'observation scientifique. Il n'est pas rare d'ailleurs que le juriste savant use de la confusion sur son rôle d'acteur ou d'observateur¹⁹. De même, le juriste observateur peut sortir de son rôle afin, notamment, de défendre des positions idéologiques et indiquer les directions que, selon lui, le droit devrait suivre : dans ce cas, il perd sa qualité d'observateur scientifique et ses propos ne peuvent être mis sur le même plan que ses travaux d'observateur scientifique.

Définir la méthode scientifique à l'aune des deux caractéristiques proposées relève d'une opération à la fois descriptive (ces deux attitudes peuvent se rencontrer tout au long de l'histoire des

¹⁹ Pour avoir un aperçu de cette pratique, ainsi qu'une dénonciation de celle-ci, il est possible de se référer aux lettres des juristes à l'occasion du débat public sur le mariage pour tous. À la lettre des plus de 170 juristes savants et acteurs, demandant le retrait de la loi répondaient les juristes savants et observateurs les invitant à se taire.

La lettre des opposants au projet de loi, les juristes acteurs : <http://www.cadureso.com/actualite/actualite-sante/3331-170-professeurs-de-droit-rentrent-en-resistance-face-au-projet-de-loi-taubira> (consulté le 15 juillet 2018).

La réponse des juristes observateurs : <http://www.raison-publique.fr/article601.html> (consulté le 15 juillet 2018).

sciences²⁰) et prescriptive (le respect de ces deux critères détermine la possibilité pour une méthode d'être qualifiée de scientifique). Pour autant, il ne s'agit nullement d'un jugement de valeur et le recours à ce vocabulaire n'implique pas l'impossibilité de développer des connaissances en ayant recours à des méthodes échappant à la définition proposée. De même, les méthodes qualifiées de scientifiques ne sont évidemment pas infaillibles même lorsqu'elles respectent scrupuleusement les critères posés !

A. L'abandon des prétentions ontologiques des discours scientifiques

Il y a plus de 50 ans, en 1962, Thomas Kuhn écrivait :

La notion d'une adéquation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie réelle dans la nature me semble par principe une illusion. Par ailleurs, en tant qu'historien, je suis frappé par le caractère peu plausible de ce point de vue²¹.

L'épistémologue expliquait alors qu'il n'y avait aucune succession logique, ou plutôt, pour reprendre ses termes, « aucune direction cohérente de développement ontologique »²² dans l'évolution historique des grandes théories physiques.

Thomas Kuhn annonçait ainsi l'idée selon laquelle une théorie scientifique, aussi performante soit-elle pour produire de la connaissance scientifique, ne peut pas être une représentation complète ou explicative du réel. La valeur d'une théorie ne correspond pas à sa capacité de représentation ontologique.

Ce constat théorique et historique d'une dissociation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie réelle dans la nature dérive notamment de la grande découverte épistémique de Hume, qui consiste à remarquer que la relation entre cause et effet n'est pas directement observable mais exprime simplement une succession régulière. Dès lors, la science moderne n'explique pas, elle se

²⁰ Le lecteur pourra se référer au petit livre d'E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, mais également aux travaux de divulgations de chercheurs plus contemporains comme L. Smolin, *Rien ne va plus en physique*, Dunod, 2006 et L. Smolin, *La renaissance du temps*, Dunod, 2014 ou encore C. Rovelli, *Par-delà le visible*, Odile Jacob, 2014.

²¹ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion Champs Sciences, 1992, p. 280.

²² *Id.*

contente de décrire. L'abandon de la recherche des causes premières, suggérée par la révolution épistémique de Hume va conduire au développement d'une science morcelée, chaque domaine progressant de manière autonome, sans offrir d'explication générale.

Renoncer aux prétentions ontologiques des théories scientifiques permet d'envisager la coexistence de théories, pourtant apparemment contradictoires, afin de résoudre des questions traitant du même phénomène. En ce sens, l'abandon d'une théorie unitaire ou d'un modèle standard général n'est certainement pas synonyme de stagnation scientifique ! Bien au contraire. C'est ce qu'il est possible d'observer dans de nombreux domaines, en particulier en physique. Il n'y a plus de modèle standard depuis bientôt un siècle, la physique est plus morcelée que jamais, et pourtant, elle n'a jamais autant produit de résultats. Un discours similaire peut être fait en logique et sans doute dans de nombreuses autres disciplines.

La coexistence de théories contradictoires pourtant capables de produire des résultats est directement liée à l'abandon de la fonction ontologique des théories. Cela suppose, notamment, que les descriptions scientifiques de phénomènes observables ne soient pas interprétées comme des représentations du réel mais simplement comme des modèles qui permettent de résoudre des questions que la pratique scientifique soulève. Lorsque Benoît Frydman dénonce le fait que l'approche normativiste « ne correspond pas à la vision que les juges eux-mêmes et les autres participants au processus judiciaire ont de leurs pratiques dans les sociétés démocratiques contemporaines »²³, il met en évidence ce phénomène.

En cela, la science est sceptique : elle se désintéresse de l'essence des choses qu'elle étudie, « elle fait, disait Jean-Paul Dumont, comme si la question de la nature en soi de son objet pouvait n'avoir aucune importance »²⁴. Le normativisme ne permet pas de se représenter le droit tel qu'il se développe, se crée ou est interprété dans une salle d'audience, il ne dit rien sur ce qui se passe dans l'esprit des acteurs ou sur le caractère juste ou injuste d'une décision, il est mué sur la question des rapports de force qui conditionnent la création et l'application des normes juridiques. Il offre cependant aux

²³ B. Frydman, *Le sens des lois*, op. cit., p. 585.

²⁴ J.P. Dumont, *Le scepticisme et le phénomène*, *Essai sur la signification et les origines du pyrrhonisme*, Vrin, 1985, p. 238.

chercheurs un modèle théorique susceptible de les aider dans leur pratique quotidienne en fournissant des réponses à un certain nombre de questions auxquels ils se trouvent confrontés.

Dès lors, si, à l'instar de Benoît Frydman, les juristes reprochent souvent au normativisme et au positivisme leur caractère sceptique car ils renoncent à évaluer les décisions de justice ou les règles juridiques à l'aune de valeurs morales, éthiques ou même en fonction de leur efficacité sociale, il convient de se souvenir de l'avertissement d'Erwin Schrödinger :

Le scepticisme à l'état pur est chose facile et stérile. Le scepticisme chez un homme qui est parvenu plus près de la vérité qu'aucun autre avant lui, et qui reconnaît pourtant clairement les limites étroites de ses propres constructions mentales, est grand et fécond. Il ne diminue pas la valeur des découvertes, mais en multiplie plutôt par deux l'importance²⁵.

B. Le retrait du sujet observant de l'objet observé

L'autre caractéristique propre de la méthode scientifique consiste à faire comme si celui qui observe un phénomène afin de l'étudier n'appartenait pas au monde observé. Le scientifique simplifie le problème de la compréhension : « il se néglige lui-même, il exclut de la représentation à édifier sa propre personnalité, le sujet de la connaissance »²⁶.

Cette méthode n'est pas une création moderne et elle se retrouve sous des formes diverses depuis l'Antiquité, au moins. Par exemple, chez Héraclite, il faut s'attacher au commun alors que la plupart s'approprient leur pensée comme une chose personnelle²⁷. Elle est également présente chez Démocrite. Dans le célèbre fragment B 125, la raison affirme :

Convention que la couleur, convention que le doux, convention que l'amer ; en réalité : les atomes et le vide. Les sens répondent : « Misérable raison : c'est de nous que tu tires les éléments de ta croyance et tu prétends nous réfuter ! ».

²⁵ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, p. 36.

²⁶ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, p. 87.

²⁷ « Il y a pour les éveillés un monde unique et commun, mais chacun des endormis se détourne dans un monde particulier », Héraclite, *Fragments*, Introduction par M. Conche, PUF, 1986, p. 63.

Dans les deux situations, le sujet se retire de l'objet observé, la réalité est « objectivée ». Héraclite se réfère à ce qui nous est commun, afin d'établir un critère objectif, par opposition à ce qui nous est propre et particulier, ou subjectif. Le fragment de Démocrite exprime la tension entre la représentation théorique et atomiste que son auteur se fait du monde et le monde sensoriel qui est à l'origine de la représentation théorique. Les sens permettent à Démocrite de construire le modèle atomiste mais, dans ce dernier, les perceptions n'existent plus. Les sens disparaissent de la représentation dont ils sont pourtant à l'origine. On ne saurait exprimer avec davantage de clarté, de simplicité et de force le paradoxe propre à la méthode scientifique.

L'épistémologie moderne s'efforcera de donner d'autres définitions et d'autres noms à cette même idée : vérifiabilité, falsification possible, capacité à résoudre des énigmes, faire de la science dans une boîte... La recherche d'un critère objectif de vérité ou de connaissance passe par la disparition du sujet et de la subjectivité qu'il porte nécessairement. Bien que présente chez certains penseurs de l'Antiquité, cette posture méthodologique n'a pourtant pas prospéré et fut longtemps oubliée. Aussi ne faut-il pas être surpris de lire un des principaux théoriciens de la physique contemporaine s'exclamer, encore aujourd'hui, avec une ironie certaine :

Malheureusement, il nous est resté tout Aristote, sur lequel on a ensuite reconstruit la pensée occidentale, mais rien de Démocrite. Peut-être que, s'il nous était tout resté de Démocrite et rien d'Aristote, l'histoire intellectuelle de notre civilisation aurait été plus heureuse²⁸.

L'infortune historique de la méthode s'explique peut-être par le potentiel déceptif des représentations qu'elle génère. Pour reprendre, encore, les mots de Schrödinger,

le tableau que dresse la science du monde réel qui m'entoure [est] horriblement silencieux au sujet de tout ce qui est vraiment près de notre cœur, au sujet de tout ce qui nous importe vraiment. Il ne peut pas nous dire un mot à propos du rouge et du bleu, de l'amer et du doux, de la douleur et du plaisir physiques ; il ne sait rien sur le beau et le laid, sur le bien et le mal, sur Dieu et l'éternité. La science prétend parfois répondre à des questions appartenant à

²⁸ Il s'agit de Carlo Rovelli, l'un des pères de la théorie de la « gravité quantique à boucle ». C. Rovelli, *Par-delà le visible*, *op. cit.*, p. 32 et 33.

ces domaines, mais ses réponses sont souvent si stupides que nous n'avons aucune tendance à les prendre au sérieux²⁹.

C'est, au fond, ce qu'exprime le fragment de Démocrite précédemment cité. C'est également ce que nous enseignent les sceptiques lorsqu'ils affirment que le feu brûle mais qu'il est impossible d'en déduire quoi que ce soit quant à la nature du feu et que toute tentative en ce sens est vouée à un lamentable échec. C'est aussi ce que dénonce Benoît Frydman lorsqu'il met en lumière les lacunes du positivisme et l'incapacité du normativisme à distinguer l'arrêt juste de la décision scélérate ou lorsqu'il considère que le positivisme ne permet pas de représenter la manière dont les juges et les autres acteurs judiciaires pensent et agissent.

Ces lacunes ne sont peut-être pas éternelles et il est possible que la méthode scientifique puisse, un jour, être mobilisée pour étudier certains de ces problèmes et combler des silences qu'elle a elle-même créés, en répondant à des questions qui paraissent aujourd'hui hors de sa portée. De même, la frontière entre les résultats obtenus par la méthode scientifique et les considérations éthiques, morales, sociales ou sociétales ne doit pas nécessairement être vue comme totalement hermétique. Notamment, le chercheur positiviste peut se doter d'une éthique et orienter ses recherches dans un but prédéfini sans nécessairement trahir la méthode scientifique. Il peut donner sa propre interprétation, non scientifique, des résultats obtenus, procéder à des mises en garde et même dénoncer le danger que comportent certaines découvertes. Enfin, il peut parfois renoncer à explorer certaines hypothèses qui impliquent d'admettre des postulats qu'il rejette a priori pour des motifs non scientifiques³⁰. Toutefois, si le chercheur souhaite parcourir ces zones frontalières, se risquer au-delà du territoire exploré, sans pour autant se noyer dans le vaste océan des discours généralistes et inconséquents, la

²⁹ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, p. 89.

³⁰ Ainsi, par exemple, Lee Smolin dans son ouvrage *La renaissance du temps*, *op. cit.*, s'oppose à l'idée selon laquelle le temps n'a pas de réalité objective car les conséquences de cette hypothèse sont incompatibles avec l'idée de libre arbitre. Or, cette idée de l'existence du libre arbitre est une croyance d'ordre éthique et non une connaissance scientifique. La démonstration de la réalité objective du temps avait, pour des raisons similaires, constitué la dernière grande quête, inachevée, d'Einstein. Alors que le problème ne peut être tranché avec certitude, les chercheurs se positionnent en fonction de critères moraux ou éthiques.

conscience du renoncement qu'implique la démarche scientifique est sa seule boussole.

Conclusion

Un rapide regard sur l'état de la science juridique contemporaine suffit pour comprendre que la situation dénoncée par Norberto Bobbio dans les années 1970 ou par Benoît Frydman dans les années 2000 n'a pas vraiment changé. La science du droit persiste dans son incapacité à affronter certaines questions qui semblent pourtant appartenir au monde des juristes. En découle une évidente frustration qui rend légitimes les appels au dépassement des approches positivistes traditionnelles.

Pourtant, si des réponses aux nombreuses questions délaissées par la science du droit contemporaine devaient être trouvées, on peut penser qu'elles le seront grâce aux mêmes fondements épistémiques qui ont conduit les juristes au silence relatif d'aujourd'hui. La question épistémique ou des fondements philosophiques de la science juridique pourrait d'ailleurs, à terme, s'éteindre d'elle-même. Jacques Bouveresse reprenant les propos de Wittgenstein dans le cadre de la controverse l'opposant à Freud, sur le statut de la science, écrivait :

La clarification que la philosophie est susceptible d'apporter dans [le domaine de la science] n'a, de façon générale, qu'une importance et une utilité très limitées, lorsque le statut scientifique de la discipline est, comme c'est le cas, par exemple, pour les mathématiques, bien établi. Dans le cas d'une science proprement dite, c'est en fin de compte la pratique scientifique et elle seule qui décide. La clarté philosophique a [...] à peu près autant d'importance pour le développement de la science que la lumière du soleil pour la croissance des germes de pommes de terre³¹.

L'étude du droit ne fait pas exception et, si elle n'a pas pleinement acquis ce statut scientifique, elle s'en approche progressivement. Le positivisme et le normativisme, qui ont favorisé la diffusion de la méthode scientifique dans l'étude du droit, ont eu un rôle fondamental dans cette évolution et leur influence se fait toujours puissamment sentir.

³¹ J. Bouveresse, *Philosophie, mythologie et pseudo-science*, éd. de l'éclat, 2015, p. 263.

Il est probable que la science du droit évolue rapidement dans les prochaines années, grâce notamment au développement de technologies et de techniques nouvelles, permettant l'avènement de savoirs inédits mais également autorisant une transformation radicale du fonctionnement même des systèmes juridiques. Les progrès de la recherche en neurosciences et en sciences comportementales, les foudroyantes avancées de l'informatique, des systèmes d'information ou de la robotique risquent de bouleverser les systèmes juridiques et la manière dont nous les observons. Il n'est pas absurde de croire que cela conduira à une diversification extrême de la figure du juriste et, qu'à terme, le savant, si élégamment décrit par Benoît Frydman, disparaisse ou se transforme au point de ne plus lui ressembler. Alors, pourquoi ne pas imaginer, demain, qu'un juriste scientifique puisse effectivement comprendre ce qui se passe dans l'esprit des acteurs judiciaires. Si cela a lieu un jour, il se peut que ce soit une ultérieure conséquence de l'application de la méthode scientifique dans l'étude du phénomène juridique.

LE SENS DU *GLOBAL LAW*

Jean-Yves CHÉROT

Professeur émérite de droit public,
Aix Marseille Université, Laboratoire de théorie du droit

Mon intervention cherche à restituer, à travers les travaux les plus récents de Benoît Frydman, la recherche du sens du droit global comme une entreprise qui se situe, c'est comme cela que l'on peut la regarder, dans le prolongement du livre *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Le lien est bien établi par Benoît Frydman entre les deux champs tant par de nombreuses références, dès 2010, dans sa théorie du droit global au livre *Le sens des lois* que dans la préface même à la troisième édition du *Sens des lois* de 2011 qui s'inquiète de la place et de l'insertion du phénomène des nouvelles normativités techniques, qui caractérisent pour partie la normativité dans la globalisation, dans l'histoire de la raison juridique.

Mais il nous faut revenir un moment en arrière. Car l'évidence du lien entre les deux parties de l'œuvre de Benoît Frydman n'apparaît pas dans les premiers travaux de Benoît Frydman sur les nouvelles normativités. Le programme sur le *global law* se dessine en effet très tôt, avant même la première édition en 2005 du livre sur *Le sens des lois*. On en trouve la première manifestation dès 1997 dans des recherches et des articles sur la régulation de l'internet, une régulation moins étatique que privée¹, et encore au début des années 2000 avec des travaux sur la corégulation².

¹ B. Frydman, « Quel droit pour l'internet ? », *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, éditions du jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 279-316 ; B. Frydman et I. Rorive, « Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 23, n° 1, 2002, p. 41-59.

² B. Frydman, « Coregulation : A Possible Model for Global Governance », *About Globalization. Views on the Trajectory of Mondialisation* (B. de Schutter et J. Pas dir.), Brussels University Press, 2004, p. 227-242. B. Frydman, « L'affaire Total et ses enjeux », *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Larcier, 2007, p. 301-321 ; T. Bersn, B. Frydman, et al., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant,

Ces recherches, faut-il le rappeler, sont (au moins au départ) de nature très différente de celles menées pour l'écriture de l'ouvrage *Le sens des lois*. Il ne s'agit pas d'un travail sur des textes de la pensée juridique, se rapportant le plus souvent au raisonnement juridique et à la science du droit, mais d'une recherche sur des données normatives émergentes demandant des méthodes d'enquête empirique, d'un type très différent de l'enquête de nature philosophique sur des textes sur laquelle était fondé *Le sens des lois*. Les premières recherches qui ont porté sur la régulation de l'internet et sur la responsabilité sociale des entreprises ont forgé une méthode qui a été, en même temps qu'elle était ainsi généralisée et validée, transposée et enrichie dans de nouveaux autres domaines où s'observe le développement de normes structurant la société transnationale, la régulation des noms de domaine sur l'internet, ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), la régulation du commerce international et européen (normes ISO et normes du comité européen de Normalisation), le contentieux transnational des droits de l'homme, la régulation financière et comptable, avec les agences de notation et les normes comptables IFRS (International Financial Reporting Standards), ou encore la régulation des dettes souveraines.

Se sont détachées dans cet ensemble certaines normes qui, sous la forme d'indicateurs et de classements, traduisent un mouvement plus général vers une normativité de type managérial. Ces travaux empiriques partent d'objets, de défis, de problèmes et de cas (par exemple au départ, l'affaire Yahoo pour la régulation de l'internet) choisis parmi ceux qui révèlent, dans la globalisation des échanges, l'émergence de normes (et de normes globales) tout à fait étrangères aux sources classiques du droit et qui structurent des pans entiers majeurs des relations humaines dans la globalisation. Ces évolutions de la normativité sont souvent appelées par les évolutions des droits étatiques et du droit international qui reconnaissent eux-mêmes des responsabilités élargies aux acteurs privés³.

2007. L'article de Benoit Frydman sur les « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation » dans l'ouvrage collectif *Responsabilités des entreprises et corégulation* de 2007 est très caractéristique des méthodes, des concepts et des objets du programme du *global law* du Centre Perelman de Philosophie du Droit (CPRD).

³ Les travaux empiriques menés par le CPPD peuvent rejoindre des objets par ailleurs pris en considération par d'autres écoles de droit global (le contentieux transnational des

Le travail empirique est mené ici d'abord autour d'objets normatifs considérés, en raison de leurs effets de régulation de secteurs sensibles de la vie sociale, comme significatifs de régulations qui dépassent ou surpassent les frontières des États, concurrencent les normes étatiques et remplacent souvent des normes du droit international défaillant. Tous ces travaux pourront apparaître aujourd'hui comme étant l'expression du pragmatisme juridique bruxellois, mais au moment où ils sont décidés et produits, cela reste encore tout à fait implicite.

Mais les travaux les plus récents de Benoît Frydman situent désormais ces évolutions de la normativité dans l'histoire plus longue de la pensée juridique, pour leur donner un sens en retrouvant le chemin suivi pour écrire *Le sens des lois* en cherchant les « épistémologies horizontales » sous-jacentes⁴. Au-delà des recherches empiriques qui continuent d'être conduites en équipe, associant notamment des doctorants, les publications prennent la forme directe d'une œuvre directement philosophique, notamment par un retour sur l'histoire actuelle de la pensée juridique dans la globalisation. Les premiers pas de ce mouvement me semblent avoir été faits précisément en puisant dans *Le sens des lois*, face à des données profondément nouvelles qu'offrent les enquêtes empiriques, la marge de manœuvre pour renverser, quand ils représentent des obstacles épistémologiques, des concepts hérités de l'histoire de la philosophie du droit et y trouver d'autres concepts (état de nature, lutte pour le droit)⁵ à la mesure des « objets » du *global*

droits de l'homme, des affaires centrales comme l'affaire Kadi, les normes techniques produites par les organismes administratifs transnationaux, etc.).

⁴ « Le projet de ce livre doit beaucoup à la lecture de *Les mots et les choses*. Dans cet ouvrage, Michel Foucault exhume en archéologue les socles épistémologiques successifs de la pensée occidentale moderne. Le livre fait la démonstration magistrale de l'intérêt d'une épistémologie horizontale qui, plutôt que de s'attacher, comme les manuels classiques, à l'histoire des progrès et des découvertes d'une discipline spécifique, dévoile comment, à chaque époque, les différents domaines du savoir s'enracinent dans un sol commun, qui prédétermine ce qui peut être pensé et dit [...] », *Introduction du Sens des lois* p. 36-37.

⁵ « L'histoire des idées doit au contraire être une école de la liberté, émanciper l'esprit de l'emprise de notions désuètes pour favoriser la formulation des nouveaux outils qui permettent l'analyse et la compréhension des phénomènes du présent et contribueront à l'élucidation des mystères de l'avenir. Étudier les circonstances de l'apparition du concept d'ordre ou de système juridique au XVII^e siècle ou des sources du droit au XIX^e permet aussi de comprendre pourquoi on pourrait être amené à s'en dispenser à l'avenir et comment il

law. *Le sens de lois* devient une référence comme laboratoire pour lever des obstacles épistémologiques à la compréhension par les juristes du sens des nouvelles normativités. Il s'agit notamment d'insister sur deux ruptures que consacre la théorie du *global law* telle que construite par l'école de Bruxelles, deux ruptures esquissées dans « Comment penser le droit global »⁶, et reprises dans la préface au *Sens des lois* de 2011, une rupture avec la théorie des sources telles que conçue dans le mouvement philologique d'interprétation qui a dominé le XIX^e siècle⁷ et une rupture avec le concept d'ordre juridique comme ordre rationnel et complet tel qu'il apparaît dans la construction du droit aux XVII^e et XVIII^e siècles⁸. Ce qui est observé directement, c'est la raison normative dans un monde qui ressemble plus à un état de nature qu'à un Léviathan.

L'horizon s'est élargi, au point que les travaux de l'école du droit global du Centre Perelman de philosophie du droit sont présentés comme l'illustration, dans une discussion critique avec les autres écoles du droit global (I), d'une approche pragmatique du droit, dans la lignée même des approches de l'école de Bruxelles, elle-même réexaminée dans ses profondeurs historiques jusqu'aux internationalistes de l'école bruxelloise (II).

I. La philosophie du droit comme débat sur le sens du *global law*

Un mouvement décisif se dessine en effet avec la critique des écoles actuelles du droit global pour mieux marquer, dans ce contexte doctrinal très vaste, la voie proprement originale qui est celle du Centre Perelman dans l'étude et la théorie du droit global.

serait possible de penser le droit sans eux » (B. Frydman, *Préface à la troisième édition, Le sens des lois*, p. 14).

⁶ Communication au colloque d'Aix de juin 2010, publiée dans J.Y. Cherot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Penser le droit, 2012, p. 16-48.

⁷ Cf. aussi Frydman et Lewkowicz, « Le droit global est-il soluble dans ses sources ? », colloque *La théorie générale des sources revisitée*, 21 février 2013, CPPD WP 2013/01.

⁸ B. Frydman vise dans le concept d'ordre juridique le concept daté et par conséquent épistémologiquement non nécessaire en tant qu'il défend l'idée d'un ordre complet, parfaitement rationnel, rejetant en dehors du droit les controverses, les argumentations, comme les mille contradictions de la vie des normes en droit. Cf. aussi B. Frydman, « Repenser la science du droit. Penser le droit global sans ordre juridique », *Traité des rapports entre ordres juridiques* (B. Bonnet dir.), Paris, LGDJ, 2016, p. 279-282.

Le sens des lois palpite à nouveau dans l'analyse critique de ces travaux d'histoire de la pensée juridique contemporaine dans leurs propositions face aux défis de la globalisation. L'école de Bruxelles rend compte des soubassements philosophiques des différentes théories actuelles du *global law*, en montre les limites dès lors qu'elles recyclent les « prêts à porter » des grandes écoles de la philosophie du droit et fait ainsi ressortir la voie propre de l'école du Centre Perelman. Les observations qui accompagnent la description de ces différentes écoles marquent une réticence à accepter comme un modèle généralisable la doctrine du *Global Administrative Law* (GAL) qui cherche le sens du droit global dans la procéduralisation qui accompagne la création des nouvelles normativités ou encore par la critique des tentatives de nature jusnaturaliste, que l'on retrouve dans l'idée de « double normativité » défendue encore par Neil Walker et par une attention détachée à l'égard des approches de type herméneutique qui tentent dans le cadre de la distinction entre global et mondial, de mettre l'accent sur la construction possible d'un droit mondial dans le dialogue des juges et les échanges interprétatifs.

L'analyse du *global law* par Benoît Frydman peut en effet être lue très directement, comme un prolongement d'une histoire de la raison juridique dans la globalisation, dans l'analyse des grandes thèses majeures de la philosophie du droit de nos jours en tant qu'elles revendiquent d'être, dans leur diversité par ailleurs, des théories du *global law*. En témoignent directement les conférences de Benoît Frydman au Centre Michel Villey en 2015⁹ et au CERIC, à Aix, en mai 2016¹⁰ ou encore le dialogue ouvert à Bruxelles avec les différents auteurs invités à présenter et à confronter leur vision du droit à l'ère de la globalisation à celle de l'école de Bruxelles, notamment lors de la *global law week* organisées par le CPPD comme en témoigne notamment, c'est un exemple, en 2017, l'invitation de Neil Walker pour débattre de son livre *Intimations of Global Law*, à la

⁹ B. Frydman, *Le droit global*, Conférence Michel Villey 3 avril 2015, consultable en ligne à partir du Centre Michel Villey (<http://institutvilley.com/Conference-du-professeur-Frydman>).

¹⁰ B. Frydman, *Introduction pragmatique au droit global*, conférence du 11 février 2016, Aix Marseille Université (<https://ru-clip.com/video/FP2HSgkmBPw/beno%C3%AEt-frydman-introduction-pragmatique-au-droit-global.html>).

fois un bilan de la théorie du *global law* comme nouvelle théorie du droit et une proposition de lecture ascendante du droit¹¹.

Les analyses fouillées de Benoît Frydman des différentes théories actuelles sur le droit global distinguent les différents courants actuels de la théorie du *global law*, les courants néo jusnaturalistes, le constitutionnalisme global, le *global administrative law* (Cassese et Kinsburry), le nouveau pluralisme juridique de Teubner, le pluralisme de type herméneutique¹² ou les approches critiques. Benoît Frydman y décèle notamment les prolongements des grandes traditions de la raison juridique et, au moins pour certaines d'entre elles, il s'interroge à plusieurs reprises sur leur capacité à bien pouvoir se saisir des nouvelles réalités. On peut lire aussi des linéaments d'une discussion de philosophie politique qui ne peut être qu'étroitement associée ici à la philosophie du droit, notamment dans un article sur la question de la démocratie à l'échelle globale¹³.

Benoît Frydman critique les théories du droit global ou mondial en tant qu'elles ne sont que l'application à un nouvel objet de théories existantes. Le fait, comme les théories du *global law* le font selon lui, de « plaquer un prêt à porter sur un nouvel objet » ne peut que « produire de la connaissance limitée ». Il y a bien « un nouveau paradigme, une révolution technologique majeure dans le droit que

¹¹ Le décalage, en même temps que cette tension entre le *global law* et le droit établi, et le fait que le *global law* ne puisse que proposer ou présenter des suggestions est parfaitement saisi dans la belle expression qui décide du titre du livre de Neil Walker, *Intimations of Global Law* (Cambridge, 2015). Il s'agit pour cet auteur de restituer le sens du *global law* dans des indices de quelque chose qui arrive ou qui émerge sans être toutefois encore là véritablement et dans la suggestion que quelque chose existe déjà en lisant dans certains indices des signes d'une réalité en marche. De ce caractère suggéré, le *global law* ne peut pas produire ce qui caractérise traditionnellement la structure du droit moderne. Il ne peut invoquer quoi que ce soit de la méthode des théories normativistes pour soutenir sa propre validité. Le droit global tout entier, comme forme de projection, est nécessairement fondé sur la reconnaissance d'un écart entre ce qu'est la légalité aujourd'hui et ce que la légalité doit devenir tout en étant déjà dans un processus d'advenir.

¹² « On voit se développer et déjà s'affronter [...] plusieurs visions concurrentes de la construction progressive d'un droit mondial ou global. Parmi celles-ci, on peut distinguer un courant herméneutique de la mondialisation du droit, qui met en avant l'harmonisation progressive des règles et des ordres juridiques, notamment le dialogue des cultures juridiques et des juges et la "traduction" des concepts, ou, dans une version plus politique, par un accord ou au moins un "consensus par recoupements", fondé sur des interprétations diverses, mais convergentes de la démocratie et des droits de l'homme » (préface à la 3^e éd. du *Sens des lois*, p. 15).

¹³ « Réaliser la démocratie à l'échelle globale », *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ?* (Viala dir.), Lextenso, 2014, p. 105-128.

l'on ne peut pas percevoir en lisant la vieille théorie du droit » (conférence au Centre Michel Villey, 2015).

L'œuvre de Neil Walker pourrait bien représenter une illustration, par ailleurs brillante, de ce prêt à porter plaqué sur le phénomène du droit global. Neil Walker considère que, sans une revendication d'applicabilité, le *global law* ne pourrait pas satisfaire une définition opératoire du concept de droit et que, sans ce caractère opératoire revendiqué, il ne pourrait comporter une prétention (*claim*) juridique, mais simplement une aspiration, une espèce de prédiction sur ce que le droit pourrait devenir. Mais pour lui, le droit global doit précisément exprimer cette prétention à être du droit pour son applicabilité actuelle et le faire à travers le processus qu'il appelle celui de la « double normativité ». Le *global law* impliquerait toujours la référence à des dimensions générales caractéristiques du droit, de sa nature.

L'aspect tourné vers le futur du droit global implique pour Neil Walker à la fois une composante épistémique, une composante évaluative et une composante de plaidoyer (*advocacy*). Sur le plan épistémique, c'est une question de déploiement d'une connaissance pour savoir comment une approche juridique adaptée à partir de nos traditions disciplinaires est en mesure de se développer. Le droit global représente une catégorie qui exige d'approfondir et d'étudier notre notion ou notre liste de notions sur ce que la normativité juridique et la doctrine du droit peuvent recouvrir. Avec Neil Walker, les approches fonctionnelles du *global law* dans les champs comme ceux du changement climatique ou du droit pénal international peuvent être regardées comme l'exploration d'une tradition juridique déjà là, un point de départ pour le projet de construire une théorie plus large et englobante sur des régimes juridiques particuliers en cherchant à rendre explicite ce qui est encore implicite dans le droit international aujourd'hui.

Une plus grande proximité peut être trouvée et reconnue entre l'approche pragmatique du droit global de l'école de Bruxelles et les approches du *Global Administrative Law* (GAL), notamment dans les travaux de la New York University, ne serait-ce que dans le choix des objets étudiés de façon privilégiée dans la production de nouvelles normes techniques d'application volontaire dans la régulation des marchés par des organes, agences publiques ou privées, tels que le

comité de Bâle, l'IFRS, l'ISO, etc. Mais pour l'école de Bruxelles, l'école du GAL, qui insiste dans sa construction de la théorie du droit global sur la redécouverte par les institutions du *global law* des méthodes et des principes de la *rule of law* et du *due process of law*, reste encore trop attachée à retrouver la trace du concept de droit, ici un concept de type hartien, et à justifier les nouvelles normes techniques comme des « règles primaires » produites par des règles secondaires. Par ailleurs, ce type de focalisation pourrait détourner l'attention à l'égard des normes tout aussi importantes et non produites avec de telles règles secondaires et accorde une importance systémique au fait que certains organismes mettent en place des règles de participation inclusive et développent la transparence de leurs procédures et de leurs travaux.

Pour ne pas tout à fait conclure sur le dialogue avec les autres approches du droit dans la globalisation, on peut remarquer l'intérêt plus particulièrement marqué par Benoît Frydman aux hypothèses de Teubner, produites dans le prolongement des thèses de Luhmann, sur la disparition du droit au profit de nouvelles rationalités fonctionnelles. Reprenant à nouveaux frais la présentation de la fragmentation du droit international autour de logiques distinctes et sans communication, Teubner ne voit pour le droit que la place de permettre de réguler les conflits entre ces normes. Mais Teubner est encore sensible au fait de ne pouvoir regarder dans le droit que des règles rattachées à un ordre juridique propre, séparé, revendiquant institutionnellement une autorité, ce qui emporte encore la réticence de Benoît Frydman à accepter la thèse ainsi défendue de la limitation du droit à un mécanisme de gestion des conflits entre normes techniques, une autre face de sa mise en garde contre la référence préalable à un ordre pour saisir le droit : ce n'est pas parce qu'il n'y a pas d'ordre juridique mondial que le droit global n'existe pas.

II. Le *global law* dans l'école de Bruxelles

Ce mouvement critique des écoles actuelles de philosophie du droit à l'égard du droit global prépare à mieux voir dans les travaux du Centre Perelman le cheminement d'une autre école. Le contraste peut en effet apparaître sur ce terrain entre ces écoles du droit mondial et du droit global poursuivant l'analyse des nouveaux objets

dans un « prêt à porter » jusnaturaliste, herméneutique ou juspositiviste et l'école du droit global au CPPD qui exprime puis revendique une approche pragmatique et retrouve par là même la tradition de l'école de Bruxelles par ailleurs elle-même objet de recherches nouvelles au sein du Centre Perelman¹⁴. On désigne sous ce terme, rappelle Benoît Frydman,

le mouvement réuni autour de Chaïm Perelman, Paul Foriers et Walter Ganshof van der Meersch qui ont contribué à enrichir la théorie du droit par l'étude de l'argumentation judiciaire et la réintroduction des principes généraux, des droits fondamentaux et des valeurs au sein du droit positif. [...] Cette génération a poursuivi et renouvelé l'œuvre de ses maîtres qui, comme Eugène Dupréel, Paul Vander Eycken, Georges et Léon Cornil, Henri de Page et Jean Van Ryn entre autres, avaient embrassé les principes du pragmatisme, de l'école sociologique et du mouvement de la libre recherche scientifique pour développer une conception créative et évolutive du droit, centrée sur des nécessités de la pratique¹⁵.

La distance semble pourtant considérable entre ces travaux sur l'interprétation judiciaire qui se développent dans le cadre institutionnel tout à fait classique du droit de l'État et les travaux du CPPD sur les nouvelles normativités émergentes dans la globalisation. Mais Benoît Frydman n'a pas de difficultés à nous convaincre de l'unité de ces perspectives. L'idée à l'œuvre chez Perelman notamment dans la saisie du droit dans l'argumentation n'est rien d'autre que le sens de la règle ne peut être déterminé que par référence au contexte de son application. « Elle dépasse ainsi largement de beaucoup la question particulière de l'interprétation judiciaire »¹⁶. « Elle affecte la conception pragmatique du droit et ses méthodes dans leur ensemble ». Elle ne fait qu'illustrer la thèse pragmatique plus générale que « la signification d'un concept ou d'une règle n'est rien d'autre que la somme des effets concrets qu'ils sont susceptibles de produire en pratique », ce qui est précisément le renversement qui conduit à s'attacher dans le contexte nouveau de la globalisation, au nom de cette approche pragmatique, à de nouveaux

¹⁴ B. Frydman, et G. Lewkowicz, (dir.), *Le droit global selon l'Ecole de Bruxelles*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, à paraître.

¹⁵ B. Frydman, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », *RIEJ*, 70, 2013, n° 1, p. 92-98, ici p. 92.

¹⁶ *Ibid.*

objets dès lors que leurs effets les recommandent à l'observation et aux nouvelles luttes pour le droit sur lesquels elles se concentrent¹⁷.

Benoît Frydman a par ailleurs retrouvé des traces plus anciennes encore de ce programme de l'école de Bruxelles, des traces d'autant plus significatives que l'on peut les chercher aussi, malgré les différences liées aux contextes, dans les recherches et le plaidoyer des « internationalistes » de l'école de Bruxelles, de Paul Otlet et d'Henri Lafontaine à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle pour un droit mondial à la hauteur des besoins de la société mondiale et trouver là des appuis précieux pour les travaux actuels du CPPD¹⁸.

On voit apparaître ainsi, au-delà de cette histoire de la pensée juridique aux prises avec le droit global, de façon de plus en plus marquée avec le temps, l'explicitation et la revendication du lien entre la théorie du *global law* entreprise et construite au sein du Centre Perelman et l'approche de cette « école de Bruxelles », elle-même illustrée comme un prolongement des écoles de libre recherche, de la *sociological jurisprudence* ou du *legal realism* aux Etats-Unis¹⁹. Dans un texte inédit, *Les théories pragmatiques du droit global*, Benoît Frydman fait le lien, malgré les distances entre les objets saisis par ces approches (le raisonnement judiciaire et la théorie de la norme juridique saisie et construite dans le raisonnement judiciaire) et la méthode de saisie du droit global au CPPD.

Prenant les choses par le haut, au-delà des différences entre ces différentes écoles, il rappelle que,

par-delà les différences parfois importantes qui séparent ces différents courants entre eux et ces auteurs à l'intérieur de ceux-ci, les tenants du mouvement réaliste, de la jurisprudence sociologique, de la libre recherche et de la nouvelle rhétorique, qui ont traversé le XX^e siècle, partagent des prémisses importantes qui caractérisent la conception pragmatique du droit²⁰.

Les voici :

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Cf. notamment sur ce point, B. Frydman, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire », *Vers un droit global* (Karim Benyekhlef dir.), Montréal, Thémis, 2016, p. 117-148. Cf. aussi dans ce texte « les leçons », malgré les discontinuités et les différences, que l'école actuelle de Bruxelles peut « retenir » « des travaux et entreprises de Lafontaine et Otlet ».

¹⁹ Cf. B. Frydman, « Comment penser le droit global », *loc. cit.*

²⁰ *Les théories pragmatiques du droit global*, conférence dans le séminaire du CPPD Les théories du droit global, inédit.

1° Les règles de droit et les normes en général ne sont pas des entités en soi, des décrets peuplant l'univers du devoir-être, mais des *instruments*, des outils qui visent à guider et à influencer sur le comportement des hommes et le cours de la société.

2° En conséquence, le sens et la portée véritable des normes se mesurent essentiellement aux *effets* qu'elles produisent. Ce sont ces effets qu'il s'agit d'observer en s'attachant davantage à l'étude de l'application concrète des règles plutôt qu'à leur origine et à leur énonciation abstraite. Ce regard porté en aval de la règle plutôt qu'en amont conduit à déplacer le centre d'intérêt de la théorie pragmatique, dans les pays de droit continentaux aussi bien que de *common law*, du législateur vers le juge et au-delà des textes vers le terrain de la vie sociale.

3° Ce primat donné à l'application s'accompagne d'une conception *non formaliste* de la règle de droit qui se refuse à réserver la qualité de « règle juridique » aux seules expressions bien formées de la norme par les instances officielles du pouvoir et de l'État, selon une théorie étroite des sources formelles du droit. Les pragmatiques mettent au contraire en évidence la pluralité et la variété des sources et des normes issues de la pratique et émanant de la vie sociale, qui sont effectivement reconnues et appliquées.

4° Pour les pragmatiques, les normes et les institutions apparaissent ainsi comme un produit des interactions sociales et l'enjeu de luttes et de stratégies mises en œuvre par les acteurs sociaux, dont l'issue est souvent présentée comme ouverte et indéterminée. Le droit leur apparaît ainsi comme une construction progressive, mouvante et instable. Ils s'opposent dès lors de manière frontale aux théories qui conçoivent le droit *a priori* comme un système de normes ordonnées de manière cohérente et complète, ce qui leur paraît une abstraction sans rapport avec la réalité des choses.

D'un point de vue pragmatique, l'existence d'un ordre juridique structuré n'est pas la condition d'existence ou de possibilité du droit, mais seulement une forme de rationalisation, d'ailleurs artificielle, de sa représentation. Pragmatiquement, la règle de droit ne trouve pas son substrat dans le système ou l'ordre dont elle relève, mais directement dans la société qu'elle est censée réguler et dont elle émane²¹.

Benoît Frydman explore alors deux pistes, celle de l'existence d'une société globale dont la postulation implique qu'elle doit avoir son droit et la piste du point de vue des acteurs qui, dans la perspective unique et propre qui est la leur, celle où chacun regarde les ordres juridiques de façon externe et joue avec eux dans l'espace global.

Ainsi, le droit global désigne non pas un corps constitué de règles ni même un amas de normes hétéroclites, mais bien d'abord un point de vue global sur le droit. [... Donc] synthétiquement, le concept pragmatique de droit global

²¹ *Ibid.* p. 6.

représente le point de vue global sur le droit d'un participant engagé stratégiquement dans un environnement social pluraliste, c'est-à-dire qui n'est pas régi par un ordre juridique unique²².

Dans ce cadre, deux points sont encore décisifs. Le premier consiste à affirmer que la théorie du droit ne doit pas constituer un obstacle à l'analyse des nouvelles normativités en ce sens que toutes les normativités qui seraient en dehors des critères épistémologiques qui permettent de détecter du droit poseraient difficulté car ce serait passer à côté de phénomènes majeurs dans l'organisation institutionnelle de notre temps. Des critères épistémologiques comme ceux d'ordre juridique ou de sources formelles du droit devraient être relativisés car ils seraient apparus ou auraient pris la place centrale que l'on leur accorde que de façon relativement récente.

Le second point consiste à rappeler aux juristes leur rôle dans la société tout en les invitant à se saisir plus avant des programmes de la philosophie des normes et du droit :

Si refuser le qualificatif "juridique" aux nouvelles normativités a pour conséquence de les rejeter sinon dans les limbes, du moins en dehors de la sphère légitime d'investigation, cette attitude est préjudiciable et doit être rejetée²³.

La dynamique des modes de régulation invite le chercheur à prêter attention à toutes les formes de normativité qui peuvent être considérées comme des équivalents fonctionnels des normes juridiques, auxquelles elles tendent à se substituer dans l'environnement nouveau ou qu'elles complètent ou concurrencent. Il s'agit moins ici de prophétiser la mort ou le déclin du droit que de s'ouvrir à toutes les formes de régulation effectives.

Jeremy Bentham a sur ce point montré la voie au pragmatisme en développant une conception extrêmement large et non formaliste, notamment à l'aide de son concept de « législation indirecte » et en étendant le champ de ses investigations à toutes les formes de normes, forgeant même pour rendre compte de cette science le terme de « déontologie ». Si celui-ci a pris un sens différent et spécifique, l'objectif visant à traiter dans un champ unifié l'ensemble des normes s'impose d'autant plus à l'âge global que cette perspective s'avère indispensable pour comprendre et mesurer comment les différentes formes de normativités (notamment politiques, économiques et

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

techniques) s'articulent et conjuguent ou contrecarrent leurs effets. Les théories pragmatiques du droit global assignent ainsi, de manière extrêmement ambitieuse, un horizon très large à la pensée juridique, qui met plus que jamais à l'ordre du jour la nécessité des approches interdisciplinaires, voire le redécoupage des frontières des disciplines classiques dans une perspective « normatologique »²⁴.

L'approche pragmatique est là pour justifier la légitimité de l'intérêt scientifique des juristes pour les nouvelles normativités et non pour déterminer des critères épistémologiques pour reconnaître ce qui est du droit dans les données du réel. Aussi bien Benoît Frydman rappelle-t-il que

le concept de droit, sa définition ou son essence, ne sont pas 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 concurrents²⁵.

Il rappelle que la détermination de ces critères est très malléable dans le temps en ce qu'ils sont dépendants des épistémologies sous-jacentes aux théories du droit de chaque époque²⁶. C'est une question moins ontologique qu'épistémologique. Mais Benoît Frydman laisse ouverte la question des critères épistémologiques qui sont les déterminants pour lire dans les faits ce qui relève du droit.

Nous pouvons, non pas pour conclure, mais pour marquer ce qui est encore un angle trop fermé dans ce court exposé, revenir un instant à la préface à la troisième édition du sens des lois de 2011. Benoît Frydman relevait que les données de l'analyse empirique de la normativité pourraient fournir l'occasion d'un nouveau chapitre dans cette histoire de la raison juridique entreprise dans *Le sens des lois*. C'est « trop tôt » ajoutait-t-il²⁷. Ce qui était jugé encore trop tôt reste sans doute encore un objet de travail central qui est pourtant heureusement souligné :

²⁴ *Ibid.*, p. 11.

²⁵ « Si bien qu'il est prudent, à l'instar de Lewellyn ou plus récemment de William Twining, de différer cette question en considérant qu'elle est affaire de contexte, et de considérer d'un œil ouvert l'évolution des dispositifs normatifs, sans trop préjuger de leur nature » (préface à la 3^e éd. *Le sens des lois*, p. 16-17).

²⁶ Ainsi, par exemple, le critère de l'intention de l'auteur par exemple a été magnifié par l'approche philologique.

²⁷ *Préface, op. cit.*, p. 16.

« Il est trop tôt pour ajouter un chapitre à cette histoire de la raison juridique, qui serait consacré à ce nouveau modèle managérial ou normalisateur [...et] il est prématuré d'en mesurer le destin. [...Mais] il est certainement grand temps d'y travailler et d'ouvrir l'horizon des juristes à ces formes différentes de normativités, dont l'avènement avait été annoncé de longue date par Foucault, et aux outils qui les mettent en œuvre »²⁸.

²⁸ B. Frydman et A. Van Waeyenberge, *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2014 contribue à ce programme. Cf. notamment dans ce livre, B. Frydman, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », p. 5-67.

**L'INTERPRETATION
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
A LA LUMIERE DU *SENS DES LOIS*
DE BENOIT FRYDMAN**

Hervé ASCENSIO
Professeur de droit public,
Ecole de droit de la Sorbonne

La lecture du magistral ouvrage de Benoît Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*¹, est à la fois frustrante et éclairante pour le spécialiste de droit international public. Frustrante, car, dans la succession chronologique des modèles d'interprétation identifiés par l'auteur, la pensée des internationalistes est centrale pour l'un d'eux, avant de disparaître. Il est vrai que l'hommage a tout lieu de satisfaire, car le modèle géométrique – cinquième sur neuf – englobe l'*École du droit de la nature et des gens*, c'est-à-dire les penseurs habituellement tenus pour fondateurs de la discipline, Grotius et Pufendorf, et qu'il s'étend, à un siècle de distance, jusqu'à Vattel, précurseur du positivisme volontariste². À un moment dans l'histoire de la pensée juridique, le droit international a donc servi de support à une inflexion majeure de la théorie de l'interprétation, ce qu'il ne fait plus ensuite, pas même dans l'hypothétique dixième modèle, celui du droit global, qu'esquisse la préface à la troisième édition. Ce constat n'est au demeurant pas une critique : de grands auteurs, répondant aux préoccupations de leur époque, dont l'œuvre a été diffusée dans toute l'Europe et dont la doctrine permettait l'analogie entre traité et contrat, ont eu une influence très au-delà du droit des gens ; tandis

¹ B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 3^e éd., 2011. (ci-après *Le sens des lois*, sans autre indication que la page).

² Malgré d'importantes différences entre les deux premiers et le troisième, Benoît Frydman les rapproche sous l'angle de leur théorie de l'interprétation (*Le sens des lois*, p. 302). On peut présenter Vattel comme un des derniers tenants de l'école du droit naturel ou comme un précurseur du positivisme, ce qui est plus courant parmi les internationalistes (cf. E. Tourme-Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, Paris, 1998). Ceux-ci regroupent volontiers Grotius et Pufendorf sous l'appellation d'École du droit de la nature *et des gens*, faisant ainsi écho au titre du principal ouvrage du second.

que les réflexions ultérieures sur l'interprétation sont redevables de travaux s'appuyant sur d'autres branches du droit ou sur une théorie générale centrée sur l'ordre juridique par excellence, à savoir l'État, envisagé *ut singuli*. Pourtant, une discrète référence faite en note 25 au « thème très riche » de l'interprétation des traités, en rapport avec la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, intriguera peut-être le lecteur méticuleux.

Éclairante – ô combien ! – la lecture l'est aussi, car le modèle pragmatique auquel mène l'ouvrage explique parfaitement l'état actuel des débats sur l'interprétation en droit international public. Et ces débats ont envahi la discipline. Le contraste est à cet égard saisissant entre la discrétion habituelle du juge, relevée par Benoît Frydman³, quant aux théories mobilisées pour son interprétation et les pages, voire les dizaines de pages, de motivation consacrées aux règles d'interprétation et à leur mise en œuvre dans les décisions des juridictions internationales. Les classiques articles 31 à 33 de la Convention de Vienne susmentionnée ont aussi retrouvé un souffle nouveau grâce aux travaux de codification menés ces dernières années par la Commission du droit international des Nations Unies, objets de toutes les attentions doctrinales. Ils reflètent une tendance plus générale à rapporter aux règles d'interprétation l'ensemble des interrogations d'une époque, non seulement sur le sens des textes de droit international positif mais également sur l'équilibre des pouvoirs dans la société internationale. Est-ce là une particularité du droit international public contemporain ? Peut-être, pour des raisons qu'il conviendrait tout de même d'éclaircir, sauf à penser que cela préfigure le passage du neuvième à un dixième modèle, ou encore que le modèle pragmatique offre une certaine résistance, auxquels cas la doctrine internationaliste serait à observer avec attention.

Ces hypothèses sont précisément celles que la lecture du *Sens des lois* incite à creuser. Nous le ferons en montrant que le modèle pragmatique de l'interprétation trouve une nette illustration dans le champ du droit international public (I), avant de souligner à quel point l'interprétation y est un enjeu de pouvoir (II). D'un point de vue pragmatique, il s'agit aussi de penser l'interprétation en

³ *Le sens des lois*, p. 28.

identifiant l'interprète, ou plutôt les interprètes et leur place au long de la chaîne des interprétations.

I. L'interprétation en droit international public comme illustration du modèle pragmatique

Le modèle pragmatique selon *Le sens des lois* associe à la trilogie locuteur-énoncé-destinataire trois conceptions de l'interprétation consistant à rechercher : i) l'intention de l'auteur ; ii) le sens objectif du texte ; iii) l'utilité pour les destinataires⁴. Le deuxième élément y est prédominant, en raison d'un effacement de l'intention de l'auteur que Benoît Frydman situe, de façon générale dans l'histoire de l'interprétation, à partir des années 1960⁵, période qui coïncide pour le droit international avec celle de la codification du droit des traités. Quant au troisième élément, il reste moins marqué, la pensée managériale n'ayant pas encore pris le dessus sur les deux autres⁶. L'une des particularités du droit international public est d'avoir transcrit ce modèle dans des règles juridiques, avec certaines adaptations (A) ; la réflexion sur les méthodes d'interprétation n'en continue pas moins d'évoluer, en phase avec l'évolution contemporaine du modèle lui-même (B).

A. La codification du modèle pragmatique en droit international public

Les méthodes d'interprétation ont été codifiées dans trois articles de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États, repris tels quels et avec la même numérotation aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le

⁴ *Le sens des lois*, p. 613-624 et p. 678 (4^e conclusion). Nous résumons par « sens objectif du texte » l'idée que le segment d'un texte doit être interprété par référence à l'ensemble du texte et à l'ensemble des textes entretenant entre eux un rapport de cohérence.

⁵ *Le sens des lois*, p. 678 (7^e conclusion).

⁶ Le modèle managérial, centré sur l'efficacité et la normalisation (normes techniques), est l'une des pistes pour un dixième modèle, l'autre étant l'harmonisation par la recherche de principes communs et la convergence des interprétations (*Le sens des lois*, p. 16). D'autres travaux de l'auteur ont creusé la piste managériale : B. Frydman et A. van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2014 ; B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie royale de Belgique, 2014 (avec l'ajout du thème de la marchandisation du droit).

droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, et dont le contenu est aujourd'hui considéré comme coutumier.

Parmi ces dispositions, la plus importante, intitulée « règle générale d'interprétation », est l'article 31 des deux conventions de Vienne, qui est construite par cercles concentriques. Le premier cercle (paragraphe 1), regroupe quatre méthodes d'interprétation : la bonne foi, le sens ordinaire des termes, le contexte au sens restreint (c'est-à-dire la cohérence au sein du même traité), l'objet et le but. Le deuxième cercle (paragraphe 2) étend les méthodes d'interprétation au contexte compris dans un sens large, c'est-à-dire tout accord intervenu au moment de la conclusion du traité, soit entre les parties, soit entre certaines d'entre elles et accepté par les autres⁷. Le troisième cercle (paragraphe 3) consiste à tenir compte du système juridique international dans son ensemble, en se référant à tout accord ou pratique ultérieurs relatifs à l'interprétation ou l'application du traité, ou toute règle pertinente applicable dans les rapports entre les parties.

Les deux autres articles codifiant les règles d'interprétation des traités ont une fonction secondaire ou spécifique. L'article 32 mentionne des « moyens complémentaires d'interprétation » destinés soit à confirmer le sens obtenu par application de l'article 31, soit à dépasser le résultat ambigu, obscur, absurde ou déraisonnable auquel l'on serait parvenu par application de l'article 31. Il s'agit d'une disposition ouverte, qui cite comme seule illustration le recours aux travaux préparatoires, ainsi relégués à un rang subsidiaire⁸. On pourrait aussi y placer les maximes, à l'égard desquelles le juge international est traditionnellement méfiant. Quant à l'article 33, il porte sur le problème particulier de l'interprétation de textes rédigés en des langues différentes et faisant également foi, ce qui est assez fréquent pour les traités. Il est alors présumé que le sens est le même dans tous les textes authentiques, ce qui conduit à

⁷ Par exemple, la référence à la Convention sur le système harmonisé pour la définition des marchandises dans le cadre du droit de l'OMC, selon son organe d'appel (*CE – Morceaux de poulet*, WT/DS286/AB/R, rapport du 12 septembre 2005, paragraphe 197-199).

⁸ Cependant, l'interprète amateur de volonté originelle et de travaux préparatoires pourra utiliser facilement l'article 32 afin de rechercher une confirmation du sens, même lorsqu'il n'en est nul besoin...

rechercher le sens permettant de concilier au mieux ces versions linguistiques différentes, compte tenu de l'objet et du but du traité. L'approche (pluri)textuelle et la cohérence intrinsèque au traité prédominent alors nettement comme méthodes d'interprétation.

Si l'on reconnaît ici le modèle pragmatique, une précision s'impose : il n'est pas certain que ces dispositions répondent pleinement à l'idée de cohérence ou d'intégration systémiques qui, selon *Le sens des lois*, imprégnerait le modèle⁹. Plus exactement, elles y répondent de façon plus étroite, car l'insistance sur le sens ordinaire des termes et le contexte de chaque traité mène souvent à une lecture segmentée du droit international. Ce phénomène est aujourd'hui décrit comme une pathologie, nommée risque de « fragmentation » du droit international¹⁰, ou encore « isolement clinique » de chaque traité à l'égard du reste du droit international¹¹. Il a pourtant sa logique.

En droit international public, la perception de ce qui « fait système » est à géométrie variable, en fonction des parties et en fonction des domaines¹². Chaque traité peut être compris comme un petit monde en soi, fondé sur la communauté juridique de ses États parties. C'est encore une façon de respecter la souveraineté des États que d'isoler ainsi les produits de leur volonté commune les uns des autres. À cet égard, le traité n'est qu'approximativement comparable à un contrat, celui-ci étant immergé dans un ordre juridique interne

⁹ *Le sens des lois*, p. 622.

¹⁰ Cf. les travaux de la Commission du droit international sur ce sujet : *Conclusions des travaux du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, UN Doc. A/61/10, p. 186-193, ainsi que la version finale du rapport préparé par le groupe d'étude (UN Doc. A/CN.4/L.682 et Corr. 1).

¹¹ L'expression et le thème du risque d'« isolement clinique » apparaissent dans OMC, Organe d'appel, *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport du 29 avril 1996, p. 18-19. La doctrine internationaliste l'utilise aujourd'hui en dehors du contexte du droit de l'OMC.

¹² Parmi les causes : la faible hiérarchisation des normes (sauf *jus cogens* et droit dérivé dans certaines organisations internationales), les difficultés de mise en œuvre des autres « règles de collision » que sont *lex posterior* et *lex specialis* (sur l'expression de « règles de collision » et leur rôle, cf. *Le sens des lois*, p. 622), mais aussi le choix de la spécialisation fonctionnelle pour les organisations internationales et la négociation de traités en fonction des priorités changeantes de l'agenda diplomatique.

riche et cohérent¹³. Qui plus est, certains traités créent des régimes juridiques sophistiqués qui tendent à se refermer sur eux-mêmes – le point ultime de fermeture étant représenté par une organisation internationale d'intégration prétendant constituer un ordre juridique distinct du reste du droit international, telle l'Union européenne. D'où un premier cercle de cohérence, celui du traité lui-même, puis un deuxième cercle, celui des traités apparentés, et, enfin, un troisième cercle allant jusqu'au droit international extrinsèque au traité et applicable aux relations entre les États parties, dont il faut bien admettre qu'il a été nettement moins sollicité jusqu'à une période récente.

Ce relativisme est confirmé par le dernier paragraphe de l'article 31 (paragraphe 4) qui, par opposition aux paragraphes précédents, admet un rétrécissement du sens lorsque cela résulte de l'intention des parties. Ce renfermement, propre à un seul traité, reste cependant exceptionnel et correspond à un sens technique que l'on pourrait aussi bien déduire du contexte¹⁴. Au demeurant, il est fréquent que, dans des domaines techniques, le texte du traité pose lui-même une définition de certains termes ou expressions. Cela n'empêche d'ailleurs pas la poursuite du débat sur l'interprétation en s'appuyant sur les termes retenus pour les définitions conventionnelles, avec des visées systémiques plus ou moins avouées¹⁵.

Compte tenu de ces particularités, les dispositions des deux conventions de Vienne, et notamment la règle générale d'interprétation, ont constitué un compromis bienvenu entre les deux courants doctrinaux principaux du droit international public que sont, d'une part, le volontarisme, fondant le caractère obligatoire sur la volonté des États, et, d'autre part, l'objectivisme, le fondant sur d'autres normes – juridiques ou métajuridiques – ou encore sur une génération sociale spontanée. La primauté du texte offre un lieu

¹³ Hors hypothèses du contrat sans loi ou de contrats très internationalisés présentés par une partie de la doctrine comme un mini-système juridique.

¹⁴ Si l'on suit le commentaire officiel de la Commission du droit international, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Ann. CDI, 1966, vol. II, p. 242.

¹⁵ Cf. par exemple, aux fins de déterminer si des bons du trésor grecs constituent un investissement au sens de l'article 1 du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Grèce et la Slovaquie (*quid non*), la sentence arbitrale *Postová banka, a.s. and Istrokapital SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, 9 avril 2015, § 278-350.

commun : le texte apparaît comme la meilleure approximation de la volonté commune des États¹⁶, tout en permettant de délier la norme de son mode de production pour en assurer le respect par ces mêmes États.

Ainsi faut-il comprendre l'affirmation courante en doctrine selon laquelle ces règles d'interprétation, et tout particulièrement l'article 31, reflètent une approche « objective » de l'interprétation. Cela signifie que l'on s'appuiera avant tout sur le texte lui-même plutôt que sur la volonté originelle des rédacteurs du traité. L'intention de l'auteur est cependant susceptible de resurgir à travers l'article 31, paragraphe 4, ou l'article 32, ou encore le principe de bonne foi, ou le contexte de conclusion de l'accord, voire le but du traité. Certains auteurs continuent pour ces raisons à placer l'intention des parties au cœur du processus interprétatif¹⁷. Toutefois, et à tout le moins, il est indéniable que cette intention est largement médiatisée par l'analyse du texte et intervient de façon indirecte.

De fait, l'identification de la volonté de l'auteur, qui en l'occurrence est la volonté commune d'entités collectives, s'avère souvent ardue : les travaux préparatoires ne sont pas toujours accessibles, ou sont confus car les échanges diplomatiques étaient peu explicites, ou le texte est le produit d'une succession complexe de travaux de différents organes internationaux, intergouvernementaux ou non, et à composition variable – experts de la Commission du droit international, comité de l'Assemblée générale des Nations Unies à composition ouverte mais auquel tous les États n'ont pas effectivement participé, conférence de plénipotentiaires avec des compromis non retranscrits, contribution ou synthèse réalisée par le secrétariat d'une organisation internationale, etc. Cette dernière remarque vaut surtout pour les traités multilatéraux, qui ont encore une autre particularité : les États ayant participé aux négociations ne sont pas forcément tous devenus parties au traité et d'autres ont pu adhérer ultérieurement. On peut

¹⁶ Commission du droit international, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, *op. cit.*, n. 14, p. 240 : « cet article [l'actuel article 31] est fondé sur l'opinion selon laquelle il faut présumer que le texte est l'expression authentique de l'intention des parties et que, par suite, le point de départ de l'interprétation est d'élucider le texte et non pas de rechercher *ab initio* quelles étaient les intentions des parties ».

¹⁷ Cf. le très riche ouvrage de R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2^e éd., 2015, xlii, *passim*.

dès lors penser que ceux-ci adhèrent au texte du traité, voire aux pratiques ultérieures, bien davantage qu'à l'intention originelle des auteurs. À cela s'ajoutent d'autres questions de droit inter-temporel, car les traités durent longtemps. Nombre de dispositions contiennent des notions dites génériques, c'est-à-dire que leur sens est susceptible d'évoluer avec le temps, impliquant de s'éloigner du contexte originaire d'élaboration et d'adoption du traité¹⁸. Pour toutes ces raisons, l'on conçoit que la primauté du texte et la distance à l'égard de la volonté originaire soient consensuelles.

B. La réflexion contemporaine sur les méthodes d'interprétation en droit international

Depuis les années 1990, décennie d'une grande richesse pour le droit international, on observe des évolutions dans la réflexion internationaliste sur l'interprétation, indices d'une possible mutation – c'est l'hypothèse du droit global – ou d'un alignement sur les théories générales de l'interprétation juridique. Ces évolutions restent cependant mesurées car elles sont pensées à travers le prisme de la codification réalisée dans les années 1960, tant celle-ci, avec ses ambiguïtés, reste considérée de nos jours comme une réussite¹⁹.

La règle générale de l'article 31 des conventions de Vienne inspire tout d'abord la réflexion sur l'interprétation d'autres types d'actes juridiques internationaux. S'agissant des actes de droit dérivé des organisations internationales, tels que les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, ces méthodes sont perçues comme un guide utile, avec des nuances en raison du contexte institutionnel impliquant la préservation d'une cohérence propre à l'ordre juridique interne de l'organisation²⁰. S'agissant des actes unilatéraux des États,

¹⁸ À ce propos, cf. P. Palchetti, « Interpreting "Generic Terms" : Between Respect for the Parties' Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning » (N. Boschiero e.a. éd.), *International Courts and the Development of International Law : Essays in Honor of Tullio Treves*, Asser Press, 2013, p. 91. Pour une illustration : CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 13 juillet 2009, *CIJ Recueil 2009*, p. 213 et s., spéc. § 57-71 (la notion de « commerce » s'étend désormais au tourisme fluvial).

¹⁹ J.M. Sorel, « Article 31 » (O. Corten et P. Klein dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, vol. II, p. 1291-1292.

²⁰ M.C. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1998, p. 73-95. Plusieurs tribunaux pénaux internationaux

la Commission du droit international a proposé, dans un texte non contraignant de 2006, des méthodes d'interprétation qui, à titre principal, s'appuient sur le premier cercle de l'article 31 et, pour une autre partie, reviennent à l'idée ancienne de sens clair et d'interprétation restrictive afin de protéger la souveraineté²¹. Le second aspect, qui pourrait paraître anachronique à la lecture du *Sens des lois*, s'explique par les incertitudes entourant le caractère obligatoire, les effets et les modalités de retrait de ce type d'actes.

En deuxième lieu, certains éléments de la règle générale, ceux du troisième cercle, reçoivent aujourd'hui une attention renouvelée. Il sera question plus loin des accords et de la pratique ultérieurs, dont le renouveau s'explique par des enjeux de pouvoir dans la société internationale²². L'on voudrait plutôt souligner ici la tendance contemporaine à renforcer la fonction intégrative des méthodes d'interprétation en droit international public. L'intégration systémique est devenue l'obsession de la doctrine contemporaine qui y voit une réponse au risque de « fragmentation » du droit international découlant de son considérable enrichissement et de sa juridictionnalisation depuis trente ans²³. Cette crainte a gagné une partie de la société des États et a incité la Commission du droit international des Nations Unies à y consacrer des travaux à la tonalité à vrai dire principalement doctrinale, dont le résultat se borne à des

ont eu recours à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter leur statut, qui était une résolution du Conseil de sécurité (cf. par exemple TPIY, App., *Tadić*, n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, § 300).

²¹ *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques*, 2006, Doc. NU A/61/10, p. 385-387 (commentaires officiels à la suite), point 7 : « Une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulée que si elle a un objet clair et précis. En cas de doute sur la portée des engagements résultant d'une telle déclaration, ceux-ci doivent être interprétés restrictivement. Pour interpréter le contenu des engagements en question, il est tenu compte en priorité du texte de la déclaration ainsi que du contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été formulée ».

²² Cf. *infra*, II, 2.

²³ Si le phénomène avait de quoi satisfaire les juristes internationalistes, une partie d'entre eux a rapidement adopté le vocabulaire de la pathologie. Il est vrai que cela soulevait une difficulté inédite à appréhender la discipline dans son ensemble et à concilier des régimes juridiques qui poursuivent des finalités distinctes tout en faisant peser sur les États des obligations toujours plus nombreuses. Alors que l'État est traditionnellement le lieu de la conciliation des finalités, la question s'est posée et continue de se poser d'un déplacement de cette fonction dans l'espace global.

« conclusions » adoptées par les experts en 2006 et n'ayant pas vocation à être transformées en règle de droit²⁴.

Ces travaux insistent, d'une part, sur les règles de collision, et, d'autre part, ce qui nous intéresse davantage, sur le primat de l'intégration systémique parmi les méthodes d'interprétation. Si, d'après les conclusions, toutes les méthodes de l'article 31 servent cet objectif – ce qui est tout de même approximatif –, l'accent est surtout mis sur le (c) du 3^e paragraphe, à savoir la prise en compte de règles de droit international extérieures au traité²⁵. Cette méthode est plus volontiers accueillie par le juge international depuis lors²⁶, mais avec prudence, conformément aux conclusions assez modérées de la Commission du droit international elle-même. Le résultat reste probablement en deçà des attentes d'un certain courant doctrinal, car l'interprète, notamment le juge, craindra de bouleverser non seulement le texte mais encore l'esprit du traité à interpréter, en l'ouvrant à des normes externes assez vagues²⁷ ou dont la fonction est liée à des relations juridiques d'un genre différent²⁸. Cela étant, l'ouverture est parfois prévue par le texte même du traité, comme à l'article 21, paragraphe 3, du Statut de la Cour pénale internationale, qui requiert la compatibilité de l'interprétation avec les « droits de l'homme internationalement reconnus ». L'ensemble révèle tout de même un fort souci contemporain de cohérence globale du système

²⁴ Cf. *supra*, n. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 188, conclusion 18 et, pour la mise en œuvre, conclusions 19 à 22.

²⁶ Par exemple, *South-American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case N° 2013-15, Award, 22 November 2018, § 210-217.

²⁷ Par exemple l'abus de droit, ou les intérêts essentiels de sécurité.

²⁸ Pour prendre une question très discutée, celle du rapport entre le droit international des droits de l'homme et le droit international de l'investissement, la prise en considération du premier par l'interprète du second transforme la relation juridique telle qu'elle est organisée par les traités d'investissement. Il ne s'agit plus seulement d'appliquer ce traité à une relation Etat-investisseur (personne privée), mais à une relation triangulaire entre eux et d'autres personnes privées (personnes affectées par l'activité de l'investisseur sur le territoire de l'Etat en cause). Or, ni la procédure de règlement des litiges ni la structure des droits et obligations ne sont pensés pour prendre en compte les droits des tiers, l'Etat étant censé les concilier dans l'ordre interne. La conciliation entre normes internationales risque alors de se borner à retranscrire le discours de l'un (les droits de l'homme) dans les concepts existant déjà dans l'autre (l'intérêt public ou le but légitime), sans apport majeur. L'autre option est le recours à un raisonnement de type pesée des intérêts, ce qui est source d'insécurité juridique et modifie le rôle de l'interprète – ici l'arbitre.

juridique international, reflétant une attraction constante, voire renforcée, du modèle pragmatique.

En troisième et dernier lieu, l'effet recherché pour les destinataires des normes, c'est-à-dire le troisième élément du modèle pragmatique, acquiert probablement une plus grande importance en droit international public également. Sans doute a-t-on depuis fort longtemps recours à la méthode de l'effet utile, correspondant à la maxime latine *Ut res magis valeat quam pereat*. Cependant, nombre d'auteurs la comprenaient par le passé comme un élément de logique textuelle, afin de donner à tous les énoncés d'un texte une signification normative, sans que le sens donné à l'un ne vienne neutraliser l'autre. Aujourd'hui, l'effet utile, que l'interprète rattachera volontiers à la bonne foi ou au but du traité, c'est-à-dire au premier cercle de l'article 31, est directement orienté vers l'effectivité du texte et son interprétation évolutive au service des valeurs et objectifs de politique publique qui l'ont inspiré.

En conséquence, on observe, conformément aux modèles sociologique et économique décrits dans *Le sens des lois*²⁹, une tendance à recourir à la pesée des intérêts. Cette méthode s'immisce dans l'interprétation de nombreux traités en raison de leur contenu – notions floues – et de leur configuration – type de relations juridiques. Tel est à l'évidence le cas dans le droit international des droits de l'homme quand des restrictions à certains droits sont justifiées par diverses formes d'intérêt public, ou par les droits d'autres personnes³⁰. Il en va de même pour les traités de protection des investissements étrangers, dont l'interprétation a évolué (insuffisamment selon certains commentateurs) vers la recherche d'un équilibre entre le pouvoir de réglementer de l'État et les attentes légitimes de l'investisseur étranger. Ce « pouvoir de réglementer » a été réintroduit dans le raisonnement juridique en tant que règle coutumière applicable entre les parties au traité – donc implicitement par l'article 31, paragraphe 3 (c) – avant d'être formulé *expressis verbis* dans les traités les plus récents.

²⁹ *Le sens des lois*, p. 431-534

³⁰ Cf. L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2^e éd., 2018, p. 637-653. Ce chapitre sur l'interprétation s'ouvre par une référence au *Sens des lois*.

La recherche de l'effectivité passe encore par la référence à des textes de droit souple, directives et bonnes pratiques recommandées, que certains organes de contrôle intègrent à leur raisonnement au titre de l'interprétation, seuls ou en conjonction avec des obligations procédurales³¹. Il convient de rappeler que la prolifération de textes à caractère technique, destinés aux administrations et aux professionnels d'un secteur économique ou social, est caractéristique du droit global selon Benoit Frydman. On peut y voir aussi le pendant international d'un phénomène observé dans le droit des politiques publiques nationales, à savoir un mouvement continu d'adoption de textes finalisés et de procédures d'évaluation, au service de l'efficacité³². Le processus affecte également le droit international, où il peut s'appuyer sur le genre de pratique mentionné à l'article 31, paragraphe 3 (b). Ce faisant, il prend place dans une réorganisation du pouvoir, probablement toujours en cours, et qui affecte l'ensemble des méthodes d'interprétation.

II. L'interprétation en droit international public comme enjeu de pouvoir

Pour analyser l'histoire de l'interprétation, *Le sens des lois* retient quatre éléments : les techniques (d'ordre syntaxique ou sémantique), les méthodes (directions pour la recherche du sens), les procédures (cadre et règles d'organisation) et les visions du monde (conviction, valeurs ou options épistémologiques)³³. Cela étant, les procédures d'interprétation, notamment le « cadre », sont moins présentes que les trois autres. Plus précisément, la question du « qui interprète ? », menant à celle de la valeur légale de l'interprétation, reste souvent implicite. Or, la question organique, ou encore institutionnelle, nous paraît fondamentale pour la compréhension des évolutions de

³¹ Cour internationale de Justice, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt du 31 mars 2014, *CIJ Recueil 2014*, p. 270, § 137, et p. 271, § 144 (à propos des lignes directrices de la Commission baleinière internationale, bien qu'ayant souligné leur caractère non contraignant au § 47).

³² Cf. C.A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Paris, 1999 ; J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 2008.

³³ *Le sens des lois*, p. 34-35.

l'interprétation en droit international public³⁴. Elle facilite la compréhension de ses enjeux contemporains, étroitement liés à la dialectique de l'autorité et de la raison.

A. L'évolution de la *potestas interpretandi* en droit international public

À l'époque moderne, celle de Grotius et Pufendorf jusqu'à Vattel, le rapport entre le traité et les acteurs de l'interprétation, c'est-à-dire l'auteur du texte, son interprète et ses destinataires, s'inscrivait dans une relation simple États-texte-États. De plus, comme il s'agissait de traités bilatéraux, les États étaient les mêmes en début et en fin de séquence. Le moyen de concevoir rationnellement un sens objectif distinct des interprétations singulières de chacun des deux États consistait alors à supposer une volonté commune aux deux, ce que ces auteurs parviennent mal à faire selon Benoît Frydman³⁵. La distinction entre volonté commune et volontés singulières est pourtant nécessaire à leur théorie de l'interprétation, ainsi qu'une foi partagée en l'existence de méthodes d'interprétation communes. Chez Grotius, ces méthodes sont d'abord le sens ordinaire et, en cas de polysémie, les conjectures fondées sur la matière (c'est-à-dire le contexte), sur l'effet (c'est-à-dire le résultat non absurde) et la liaison (c'est-à-dire la cohérence)³⁶. Chez Vattel, il en va d'abord différemment, puisque la méthode consiste à rechercher la volonté originaire³⁷ ; mais celle-ci est supposée rationnelle, d'où la reprise de méthodes analogues³⁸.

Pour autant, la tradition internationaliste a surtout retenu de Vattel sa conception de l'interprétation « authentique », à savoir celle émanant des auteurs du traité (*ejus est interpretare cujus est condere*)³⁹, par opposition aux interprétations unilatérales des États. L'interprétation

³⁴ Dans l'ouvrage précité n. 30, le chapitre sur les méthodes est précédé d'un chapitre sur les interprètes.

³⁵ *Le sens des lois*, p. 308.

³⁶ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (P. Pradier-Fodéré trad.), PUF, coll. L'éviathan, 1999, p. 396-399.

³⁷ *Le sens des lois*, p. 305.

³⁸ *Le sens des lois*, p. 308-321.

³⁹ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, éd. Carnegie, Washington, 1919, Livre II, chap. XVII, § 265.

authentique est présentée par la suite comme l'interprétation faite par l'ensemble des parties à un traité, celles qui sont en mesure de le modifier ou de le faire disparaître de l'ordonnancement juridique⁴⁰. Il s'agissait là d'un tournant. Mais une telle restriction de l'interprétation faisant foi à l'interprétation authentique au sens de Vattel pose problème dans un droit international public devenu plus complexe.

L'apparition du traité multilatéral, on l'a vu plus haut, rend assez artificielle la recherche d'une volonté originaire⁴¹, ainsi que sa supposée emprise sur un texte appelé à durer et, s'agissant des traités multilatéraux ouverts, à lier des États dont l'adhésion à la volonté originaire apparaîtra comme une pure fiction⁴². La remise en cause va plus loin encore lorsqu'apparaissent des organisations internationales et des organes juridictionnels internationaux – tribunaux arbitraux ou juridictions permanentes. La *potestas interpretandi*, c'est-à-dire le pouvoir d'émettre une interprétation faisant autorité, est alors confiée à des organes distincts des États parties au traité fondateur. D'où le renversement proposé par Kelsen y compris pour le droit international et le conduisant à nommer « authentique » l'interprétation émanant de l'organe habilité par le

⁴⁰ Cour permanente de justice internationale, affaire de la *Jaworzina*, avis consultatif du 6 décembre 1923, Série B, n° 8, p. 37 : « suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer ». Là où la version française de l'avis utilise « authentique », la version anglaise dit « authoritative ». En doctrine, cf. I. Voicu, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Pedone, Paris, 1968.

⁴¹ H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons, Londres, 1951, preface on interpretation, p. xiv : « The true meaning of a legal norm is usually supposed to be the one which corresponds to the will of the legislator. But it is more than doubtful whether there exists at all such thing as the "will of the legislator", especially where the law is the result of a complex procedure through which a statute is adopted by a parliament or the procedure through which a multilateral treaty is negotiated and signed by many plenipotentiaries and ratified by many governments ».

⁴² Pour deux vues opposées sur cette fiction, à propos de la Charte des Nations Unies qui compte 51 membres originaires pour 193 membres actuels : Pollux, « The Interpretation of the Charter », *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, p. 72 (soutenant l'adhésion des nouveaux membres au traité et aux travaux préparatoires) ; *contra* Krzysztof Skubiszewski, « Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter », *Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Heidelberg, New York, 1983, p. 895.

traité à l'interpréter⁴³. La norme d'habilitation devient le fondement de l'authenticité.

La dialectique de l'autorité et de la raison, qui est le fil conducteur du *Sens des lois*, apparaît avec plus de clarté lorsqu'on prend en compte ces développements organiques du droit international public à partir du dernier tiers du XIX^e siècle et surtout au XX^e siècle. Si l'interprétation du droit international est traditionnellement le fait des États, ou plutôt des organes étatiques en charge des relations internationales – auxquels il faut ajouter le juge interne lorsque le droit international a un effet direct –, elle est aussi le fait des organes institués par le droit international en plus grand nombre désormais⁴⁴. Les travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités en ont largement tenu compte et les règles d'interprétation ont aussi eu pour finalité de limiter le pouvoir discrétionnaire de ces interprètes institués⁴⁵. Parmi eux figure le juge international qui dispose d'une *potestas interpretandi* de dernier ressort car, saisi d'un litige et face à des interprétations divergentes des États, il imposera celle ayant force obligatoire aux parties au litige, avec de surcroît un effet interprétatif pour toutes les autres parties au traité.

B. La dialectique de l'autorité et de la raison : enjeux contemporains

Peut-on limiter par la raison la *potestas interpretandi* ? Les auteurs partisans d'une théorie critique de l'interprétation, également présents dans la doctrine du droit international public, en doutent. Cela les conduit, dans une veine radicale, à mener une analyse seulement politique du travail d'interprétation⁴⁶, ou, dans une veine plus mesurée et une perspective interne au droit, à estimer que le

⁴³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. française de la 2^e éd. par C. Eisenmann), Dalloz, 1962, p. 453-463 ; et, pour le droit international, *The Law of the United Nations*, *op.cit.*, n. 41, p. xv.

⁴⁴ C. de Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Pedone, Paris, 1963, p. 21. L'auteur utilise l'expression d'« interprétation authentique ».

⁴⁵ Cf. l'explication en lien avec le pouvoir de l'interprète de P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (1972), PUF, Paris, 3^e éd., 1995, p. 88-89.

⁴⁶ Pour une présentation de ces théories, qui visent à mettre en lumière les motivations extrajuridiques de l'interprète et, parfois, à imposer un programme, avec plus ou moins de précautions épistémologiques, cf. A. Bianchi, *International Law Theories : an Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, Oxford, 2016, xiv-320 p.

sens ne s'ajuste qu'en raison d'un processus intersubjectif, essentiellement par la confrontation des interprétations des États⁴⁷. La codification de règles d'interprétation est pourtant le signe d'une adhésion des États eux-mêmes à l'idée qu'une activité de connaissance, correctement guidée par les méthodes de l'interprétation, permet de limiter le nombre des significations possibles d'un énoncé. Le processus de précision du sens apparaît tout particulièrement dans le cadre contentieux.

Parmi les cercles de l'article 31, tous les éléments sont censés être étudiés en même temps et converger vers le sens. Ils n'en proposent pas moins une séquence interprétative susceptible de canaliser le travail juridictionnel. La séquence commence par le sens ordinaire à partir duquel s'organisent les autres éléments. Dans le contentieux international, lorsque l'interprétation d'une disposition est longuement débattue par les parties, la décision organise la motivation en présentant, dans l'ordre et *a minima*, le sens ordinaire (sens clair s'appuyant éventuellement sur des dictionnaires)⁴⁸, puis le contexte dans son sens restreint (ou interviennent les techniques syntaxiques et la cohérence textuelle), le but et l'objet enfin (tels qu'ils apparaissent dans le préambule ou les dispositions précisant le champ d'application du traité)⁴⁹. Parfois y seront ajoutés le contexte au sens large (surtout si le texte fait partie d'un régime juridique développé), assez souvent les travaux préparatoires (s'ils sont accessibles et probants)⁵⁰, plus timidement le troisième cercle de l'article 31, celui de la cohérence au regard de l'ensemble des obligations internationales des parties – notamment si le texte offre une ouverture suffisante au droit international général. Enfin, la

⁴⁷ Cf. le beau cours de D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, 2012, vol. 362, 2012, p. 41-394, ici. p. 375-376. Après avoir cité *Le sens des lois* (p. 374), cet auteur insiste sur la spécificité accusée du droit international, dont l'interprétation est « presque entièrement absorbée par l'auto-interprétation » (p. 375).

⁴⁸ Il est fréquemment reproché au juge de l'OMC de s'en tenir là. Sur l'interprétation à l'OMC, cf. A.H. Qureshi, *Interpreting WTO Agreements – Problems and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2^e éd., 2015, xxi-452 p.

⁴⁹ Pour un exemple récent de motivation ordonnée par la succession de tous ces éléments : Cour internationale de Justice, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires*, arrêt du 6 juin 2018, § 91-96 (à propos de l'article 4 de la Convention sur la criminalité transnationale organisée).

⁵⁰ *Ibid.*, § 96-101. Ces travaux conduisaient par ricochet à s'intéresser aux travaux préparatoires d'une autre convention, à laquelle la disposition avait été empruntée.

pratique ultérieure prendra une importance notable pour les traités constitutifs d'organisation internationale⁵¹.

Évidemment, les conclusions auxquelles parviendra l'organe juridictionnel durant les délibérations à propos de chaque élément influenceront leur présentation finale, qui s'attachera à créer un sentiment de convergence, à des fins de justification et de persuasion. Les méthodes d'interprétation n'en constituent pas moins une contrainte pesant sur le processus de travail juridictionnel, ce qui les rapproche de règles procédurales. La contrainte pour le juge est renforcée par le fait que les parties elles-mêmes structurent fréquemment leur argumentation en s'appuyant sur les règles d'interprétation, le juge se sentant alors tenu d'y répondre. Et la doctrine y recourt enfin pour critiquer tel jugement ou telle tendance jurisprudentielle. Tel était bien l'objectif et tel est le résultat de l'inscription de méthodes interprétatives dans le droit positif.

Cependant, on observe une nouvelle phase dans le balancement permanent entre autorité et raison : le retour de l'interprétation authentique au sens classique, quoique sous de nouveaux atours. Dans les années 1960-1970, certains auteurs avaient déjà tenté de soutenir l'existence d'une interprétation « quasi-authentique » émanant d'un organe composé de tous les États parties à un traité. La discussion s'était nouée au moment de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, organe plénier de l'organisation mondiale, de la résolution 2625 (XXV)⁵². L'idée ne s'était alors pas imposée car, si l'Assemblée générale a autorité pour interpréter les dispositions de la Charte la concernant en tant qu'organe de mise en œuvre, aucune disposition de la Charte ne prévoit qu'elle dispose d'une autorité pour interpréter les pouvoirs des autres organes de l'organisation, ni les règles relatives aux rapports entre États membres.

⁵¹ Cf. Cour internationale de Justice, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 75, § 19 (à propos de la charte constitutive de l'OMS).

⁵² Rés. AGNU 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, 24 octobre 1970. Son contenu a assez vite été reconnu comme coutumier, mais il s'agit d'un autre mode d'entrée dans le droit positif que la reconnaissance d'un pouvoir d'interprète authentique à l'Assemblée générale des Nations Unies.

Signe du temps, et d'une inquiétude latente des États, il existe aujourd'hui une tendance à formaliser le pouvoir d'un organe plénier d'adopter des interprétations obligatoires⁵³. Cela manifeste une volonté des États, ou plus exactement des gouvernements, de conserver une forme de contrôle sur la détermination du sens des traités auxquels ils sont parties. Le phénomène est d'autant plus remarquable qu'il correspond souvent à la possibilité de saisir un organe juridictionnel international par saisine unilatérale⁵⁴.

La tendance a été prolongée par les travaux récents de la Commission du droit international sur les accords et la pratique ultérieurs auxquels fait référence l'article 31, paragraphe 3 (a) et (b) des conventions de Vienne⁵⁵. Ces éléments de l'interprétation y sont expressément présentés comme une forme d'interprétation authentique⁵⁶. Là encore, le texte conclusif adopté en 2018 n'a pas vocation à être retranscrit dans une règle de droit. Il s'agit plutôt... d'interpréter la règle générale d'interprétation. Ces conclusions n'en relancent pas moins l'idée d'interprétation authentique, ici mêlée à l'évolution du sens dans le temps. Accords et pratique traduisent la volonté concordante des États parties au traité, postérieurement à son adoption, d'une façon suffisamment souple pour inclure, notamment, l'activité des organes nommés « conférence des États parties ». Ceux-ci se rencontrent de plus en plus fréquemment dans

⁵³ On pense aux interprétations officielles de l'OMC (art. IX § 2 de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'OMC), ou encore aux interprétations des commissions intergouvernementales créées par les traités d'investissement (art. 1131(2) de l'Accord de libre échange nord-américain du 17 décembre 1992 ; article 8.31 § 3 de l'Accord économique et commercial global conclue entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, du 26 octobre 2016).

⁵⁴ Sur la complexité pouvant en résulter compte tenu de la séquence des interprétations, cf. A. Roberts, « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation : The Dual Role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 2, 2010, p. 179-225 ; H. Ascensio, « Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law », *ICSID Review*, vol. 31, n° 2, 2016, p. 378-380.

⁵⁵ Inscrit à l'ordre du jour en 2008, mais surtout conduits de 2013 à 2018, ils se sont conclus par un *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, 2018, Doc. NU A/73/10, p. 13-16 (commentaires officiels à la suite). Cf. aussi G. Nolte (éd.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, xxxviii-393 p.

⁵⁶ Conclusion 3 : « Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a) et b), en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31 ».

les traités multilatéraux récents. On citera les exemples des célèbres « COP » établies par les traités formant le régime des Nations Unies sur le climat ou encore l'Assemblée des États parties au statut de la Cour pénale internationale. La décision adoptée par un tel organe constituera alors une interprétation authentique « indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus »⁵⁷. Ce détour par l'article 31, paragraphe 3 (a) et (b), permet ainsi à la volonté commune des États – mais postérieure – de prendre le dessus et de s'imposer à la *potestas interpretandi* des autres organes institués, y compris le juge⁵⁸.

Qu'il s'agisse d'un pouvoir exprès d'interpréter confié à un organe intergouvernemental ou d'un pouvoir transitant par l'article 31, paragraphe 3, ces évolutions manifestent un rééquilibrage des pouvoirs initié par et pour les gouvernements face aux organes institués par traité, notamment ceux de nature juridictionnelle. Il s'agit aussi là d'une clé de compréhension de la crise actuelle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC⁵⁹. Le rapport entre les différents types de pouvoir d'interprétation reste néanmoins complexe, car le juge interviendra à la fin du processus et devra donc interpréter le texte à la lumière de l'interprétation authentique, elle-même à interpréter. L'interprétation authentique ainsi conçue masque par ailleurs un pouvoir de création du droit, puisque l'accord ou la pratique ultérieurs pourraient selon la Commission du droit international :

⁵⁷ Conclusion 11, § 3.

⁵⁸ Par exemple, la résolution ICC-ASP/16/Res. 5, du 14 décembre 2017, outre qu'elle déclenche la compétence de la Cour pour crime d'agression, interprète de façon authentique, en son § 2, les conditions d'exercice de cette compétence (exclusion complète pour les États parties au Statut mais non partie à l'amendement sur le crime d'agression de 2010).

⁵⁹ Les États-Unis reprochent à l'Organe d'appel certaines interprétations limitant la marge d'appréciation des États en matière de défense commerciale. Ils contestent même le développement d'une jurisprudence, signe d'une contestation frontale de la *potestas interpretandi* du juge de l'OMC. En réponse, la Commission européenne propose d'institutionnaliser le dialogue entre l'Organe de règlement des différends, organe interétatique, et les membres de l'Organe d'appel (Commission européenne, *Concept Paper : WTO Modernisation – Introduction to Future EU Proposals*, 18 septembre 2018, p. 17).

conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties⁶⁰.

Comme on le voit, le droit international public est d'une grande richesse comme support à la réflexion sur l'interprétation. Nombre de traits contemporains illustrent à merveille la prédominance du modèle pragmatique identifié par Benoît Frydman dans *Le sens des lois*. Un autre angle de vue, celui du pouvoir d'interpréter, révèle par ailleurs les mutations intervenues dans la société internationale, y compris dans la période récente marquée, d'une part, par la globalisation et ses techniques orientées vers l'effectivité, d'autre part par un renouveau de l'interprétation authentique censément maîtrisée par les États. Le droit international public pourrait dès lors se révéler un lieu d'observation particulièrement pertinent pour une future théorie de l'interprétation, aussi pertinent qu'il le fut à l'époque de ses pères fondateurs.

⁶⁰ *Op. cit.*, n. 55. Conclusion 7, § 1. La restriction du sens, faite dans un texte à portée générale et abstraite, est en réalité un complément au traité ; quant à l'élargissement de la gamme des interprétations, il gomme la différence entre interprétation et modification du traité. Le § 3 de la conclusion 7 tente assez maladroitement d'éluder cela par une présomption contre la modification *via* l'interprétation et par une clause sans préjudice.

**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 Theresa 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, ès-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.

inélucltable – 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 rivaless 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 » ?

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* juridique³. 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, 3^e 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 Benoît 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 concurrents⁷.

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 triviale⁸ – 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 nuancant.

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 ontologies juridiques⁹. 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 Benoît 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 juridiques¹¹. 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 demeurerait : 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 XVIII^e et surtout le XIX^e 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 maximes¹³ :

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 Review*, 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 général¹⁴ – 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 (Chaim 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 XIX^e 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'esprit¹⁵) 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 juristes¹⁶. 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 précisons : 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 connaît 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 question¹⁸.

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 ? », 2^e 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. Jafferli, *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 contexte¹⁹. 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 *cotexte* 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.

HISTOIRE DE L'INTERPRETATION ET DE LA RAISON JURIDIQUE, HISTOIRE DES IDEES (POLITIQUES), HISTOIRE DU DROIT

Pierre-Yves QUIVIGER
Professeur de philosophie,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le livre de Benoît Frydman est redoutable pour le commentateur : le propos est clair, toujours explicite, les arguments sont exposés avec honnêteté, les notes de bas de pages sont précises et c'est toujours avec beaucoup de prudence et de respect des autres positions possibles que Benoît Frydman énonce ses positions personnelles. Le commentateur se trouve donc volontiers interdit après avoir lu les 683 pages du *Sens des lois* dans sa troisième édition de 2011 : comment ne pas être d'accord avec des pages aussi limpides et aussi rigoureuses ? Partant de ce constat, je ne vais pas discuter le détail des thèses de l'ouvrage, mon approche sera simplement *épistémologique* et *historiographique*. Autrement dit : je délaisse le contenu, auquel je n'ai rien à redire, au bénéfice du contenant.

Il s'agit selon moi de prendre au sérieux la déclaration suivante : « Le projet de ce livre doit beaucoup à la lecture des *Mots et les choses* »¹, déclaration qui consonne avec la note consacrée à la notion de « socle épistémologique » : « Cette notion, traduite plus souvent par le terme *épistémè* est empruntée à Michel Foucault, en particulier à *L'archéologie du savoir*² et *Les mots et les choses*³ »⁴. Je voudrais discuter le *genre* du livre ou sa *discipline* (terme curieux puisque le propos en est éminemment transdisciplinaire et interdisciplinaire) et me demander dans quelle

¹ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011, p. 37.

² M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

³ *Id.*, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

⁴ B. Frydman, *op. cit.*, p. 16.

« boîte » ranger ce que le sous-titre présente comme une « histoire de l'interprétation et de la raison juridique ». De ce point de vue, mon titre déjà trop long est incomplet puisqu'il faudrait aussi mentionner « l'histoire de la pensée juridique » et « l'histoire des doctrines juridiques ». Une solution de facilité serait de dire que le livre est constitutif à lui tout seul d'un champ disciplinaire ou infra-disciplinaire : celui de l'histoire de la raison juridique au sens où Benoît Frydman l'entend, c'est-à-dire l'histoire de la science du droit.

La raison juridique, ou la science du droit, a pour objet de déterminer *si et comment une connaissance rationnelle du droit est possible*⁵.

Mais l'« histoire de la science du droit » est une discipline trop rare pour être vraiment une discipline (quand bien même on doit à Marcel Fournier une telle *Histoire de la science du droit en France* à la fin du XIX^e siècle) et un récent et solide panorama de l'*Histoire du droit en France*⁶ ne lui accorde pas de chapitre. Par ailleurs, l'objet du livre de Benoît Frydman n'est pas si large : il faut être attentif à l'absence de pluriel à l'adjectif « juridique » dans le sous-titre du livre et comprendre que l'ouvrage se situe au point d'intersection d'une histoire générale de l'interprétation et d'une histoire spécifique de la science du droit au lieu d'être une histoire spécifique de l'interprétation juridique *et* de la raison juridique ou science du droit. Autrement dit, l'histoire de la raison juridique y est interrogée dans le cadre d'une histoire globale de l'herméneutique (Benoît Frydman ne s'interdit pas du tout des développements philosophiques qui ne se rattachent pas nécessairement à des questions juridiques ou de philosophie du droit, et c'est une des forces de ce livre, que seul lui, qui est juriste et philosophe, pouvait écrire).

Si donc l'on ne retient pas la solution de facilité de l'inscription dans le genre « Histoire de la raison juridique », quels sont les genres possibles ? L'histoire du droit ? L'histoire des doctrines juridiques ? L'histoire de la pensée juridique ?

L'histoire du droit paraît une rubrique satisfaisante, à la condition de l'entendre comme susceptible d'englober aussi des disciplines comme l'histoire des idées politiques ou l'histoire des doctrines juridiques. Cela suppose une conception souple de la discipline

⁵ B. Frydman, *op. cit.*, p. 19.

⁶ J. Krynen et B. d'Alteroche (éd.), *L'histoire du droit en France*, Classiques Garnier, 2014.

« histoire du droit » et de considérer qu'elle ne saurait se réduire à l'histoire du droit positif, voire aux différentes histoires des différents secteurs du droit positif ; cela va dans le sens de l'évolution récente de la discipline qui accueille plus volontiers qu'il y a une vingtaine ou trentaine d'années des approches historiques portant sur la doctrine, des approches historiographiques ou (je pense entre autres aux travaux de François Monnier et Guy Thuillier en histoire administrative⁷) des approches transdisciplinaires qui inscrivent l'étude des normes et des institutions dans un contexte social, économique, culturel, intellectuel, etc. L'histoire du droit est donc une rubrique satisfaisante mais elle est peut-être trop englobante. Il faut resserrer l'étau.

L'histoire des doctrines juridiques, si on ne l'entend pas comme histoire de la doctrine, au sens technique qu'on peut lui donner dans une réflexion sur les sources du droit (par exemple, pour aller vite, les travaux des professeurs de droit), constituerait un bon cadre, tout comme l'histoire de la pensée juridique. Car il est incontestablement question dans *Le sens des lois* de la *pensée* du droit et des outils conceptuels, théoriques, qui peuvent être utilisés dans un contexte juridique au bénéfice d'une bonne *compréhension* mais aussi d'une bonne *construction* du droit (le législateur n'est pas du tout absent du livre). Il y a néanmoins quelque chose d'un peu insatisfaisant dans l'inscription sous cette rubrique : elle peut donner à penser que l'approche de Benoît Frydman serait purement *immanente* au monde du droit et que ce qu'il appelle les « visions du droit⁸ » seraient toujours « vues de l'intérieur ». Or l'une des originalités du livre est précisément, comme avait pu le faire Michel Villey dans la *Formation de la pensée juridique moderne*⁹, de mobiliser aussi des auteurs qui ne sont seulement des juristes pour *penser le droit* (*Le sens des lois* m'a d'ailleurs semblé beaucoup plus villeyien que foucaldien).

En faisant se rencontrer des théories de l'interprétation qui ne sont pas nécessairement internes au droit (qui peuvent l'être, bien sûr) et une histoire de la manière dont le droit cherche à se construire

⁷ F. Monnier et G. Thuillier, *Administration. Vérités et fictions*, Economica, 2007 ; Id., *Histoire de la bureaucratie. Vérités et fictions*, Economica, 2010.

⁸ B. Frydman, *op. cit.*, p. 30.

⁹ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (S. Rials éd.), PUF, coll. Léviathan, 2003.

rationnellement, Benoît Frydman élabore une histoire des outils herméneutiques que le droit a intériorisés, selon des modalités distinctes diachroniquement. Est-ce de la pensée juridique ? Oui, incontestablement, mais ce n'est pas toujours une pensée *issue* du droit et le terme « pensée juridique » est alors porteur d'une certaine ambiguïté.

Pourquoi dès lors, dans ce tableau d'ensemble, convoquer « l'histoire des idées politiques » ? Le livre de Benoît Frydman n'a pas grand-chose à voir avec cette discipline et l'histoire des idées politiques ne saurait être la solution-miracle au problème épistémologique et historiographique que je soulève. Je mentionne l'histoire des idées politiques parce qu'elle fait l'objet depuis quelques années de réflexions épistémologiques assez fines qui ont un peu dépoussiéré cette discipline qui, il y a maintenant une vingtaine d'années, en France, semblait promise à la ringardise et au magasin des souvenirs. Le renouveau n'est pas initialement venu des recherches françaises et francophones mais d'Angleterre, d'Allemagne, d'Italie et entre école de Cambridge, histoire conceptuelle à la Koselek, histoire sociale d'inspiration néo-marxiste, *gender studies*, *post-colonial studies*, *cultural studies*, le tableau est aujourd'hui particulièrement vivant et vivace. C'est en cela que Benoît Frydman me paraît légèrement foucaldien *quand même*, dans la mesure où je serais tenté de rattacher son livre à un mouvement qui me paraît encore largement à construire et qui pourrait se rattacher à une *histoire des idées juridiques* au sens d'une *histoire conceptuelle des idées juridiques*. Benoît Frydman emploie d'ailleurs à plusieurs reprises dans le *Sens des lois* l'expression « histoire des idées juridiques » et il souligne régulièrement que son entreprise s'inscrit dans le cadre d'une « histoire générale des sciences et des idées » au sein de laquelle Benoît Frydman considère que le droit n'est pas suffisamment examiné, remarque juste et profonde. L'inscription dans un tel champ (inter)disciplinaire se ferait dans le contexte d'un profond renouvellement de l'histoire des idées *en général* qui, puisque Benoît Frydman revendique *L'archéologie du savoir* de Foucault comme une inspiration centrale de son livre, n'a plus rien à voir avec ce que ce dernier en disait dans ce même livre :

Genèse, continuité, totalisation : ce sont là les grands thèmes de l'histoire des idées, et ce par quoi elle se rattache à une certaine forme, maintenant

traditionnelle, d'analyse historique. Il est normal dans ces conditions que toute personne qui se fait encore de l'histoire, de ses méthodes, de ses exigences et de ses possibilités, cette idée désormais un peu flétrie, ne puisse pas concevoir qu'on abandonne une discipline comme l'histoire des idées ; ou plutôt considère que toute autre forme d'analyse des discours est une trahison de l'histoire elle-même. Or la description archéologique est précisément abandon de l'histoire des idées, refus systématique de ses postulats et de ses procédures, tentative pour faire une tout autre histoire de ce que les hommes ont dit. Que certains ne reconnaissent point dans cette entreprise l'histoire de leur enfance, qu'ils pleurent celle-ci, et qu'ils invoquent, à une époque qui n'est plus faite pour elle, cette grande ombre d'autrefois, prouve à coup sûr l'extrême de leur fidélité¹⁰.

Pour revenir à l'histoire (conceptuelle) des idées juridiques, on peut définir sa « valeur ajoutée » par rapport à l'histoire du droit positif (en un sens restreint) ou par rapport à l'histoire des doctrines juridiques, en soulignant qu'elle contribue au développement de deux grands chantiers : 1) une anthropologie descriptive des théorisations ou des formes de pensée ; 2) une philosophie du droit qui voit dans l'histoire du droit une ressource théorique et qui appelle donc aux rapprochements entre ces deux disciplines trop souvent éloignées avec pour perspective soit, de manière socratique, l'édification d'un concept stable plus riche, issue d'une nébuleuse notionnelle plus variée (approche en intension), soit, de manière plus éclectique ou sceptique, la juste saisie de la variété des formes qu'un concept (comme celui d'interprétation, comme celui de juridicité, comme celui de la raison juridique) peut prendre (approche en extension).

Il n'en demeure pas moins un problème de fond, que doit affronter toute tentative pour faire se croiser histoire du droit et philosophie du droit, problème qu'affronte depuis longtemps la philosophie dans son intersection avec l'histoire de la philosophie et que résume parfaitement Pascal Engel :

Le relativiste historique extrême, comme Feyerabend, soutient que tout concept observationnel est « chargé de théorie », que tout concept est, à la limite, un concept théorique, et que, dans la mesure où les théories sont distinctes d'une époque à une autre, on ne « voit » pas la même chose. Mais si c'était le cas, il n'y aurait pas de discussion scientifique, et pas de progrès scientifique. Il y a bien sûr différents sens du mot « progrès », mais, en un sens

¹⁰ M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 181.

assez trivial, il me semble qu'on en sait plus que les Grecs sur la lune. On parle malgré tout de la même chose, bien que nos façons d'en parler aient changé¹¹.

Mes remarques s'achèvent donc sur cette question : « y a-t-il ou non un concept atemporel ou invariant de l'interprétation juridique qui rend possible l'étude même des variations de cette interprétation ? » Et si non, alors *de quoi* parle-t-on ? *De quoi* fait-on l'histoire dans *Le sens des lois* ?

¹¹ P. Engel, *La dispute*, Minuit, 1997, p. 191.

INTERPRETER... SUR-INTERPRETER ? LIBRES PROPOS SUR *LE SENS DES LOIS*¹

Anne-Sophie CHAMBOST
Professeur d'histoire du droit,
Sciences po Lyon

C'est à un exercice passionnant que nous convient les directeurs de la *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique* (dont on regrettera incidemment la disparition de la *science juridique* dans son titre) ; mais un exercice difficile puisqu'il ne s'agit de rien de moins que de proposer une lecture personnelle d'un ouvrage qui offre une modélisation de l'histoire de l'interprétation juridique, mise en œuvre dans un très impressionnant panorama qui souligne les ruptures épistémologiques et invite ce faisant à reconsidérer certaines scissions bien connues de l'histoire de la pensée juridique occidentale (essentiellement européenne). Dans une très ample réflexion sur la nature de la règle de droit et la méthode requise pour son interprétation (donc de ce qui en détermine le sens et en assure l'application), l'ouvrage de Benoît Frydman remet en effet en cause certains lieux communs des introductions historiques au droit, il bouscule des traditions et des concepts que l'on présente comme ayant toujours été mobilisés pour penser le droit (les sources du droit, l'idée de système juridique ou l'opposition entre école historique du droit et école de l'exégèse), dont il éclaire la dimension construite et historique... et du coup contingente (je reviendrai ultérieurement sur la place d'une forme de contingence dans l'histoire de la pensée juridique).

Autant le dire d'emblée, c'est à un étrange exercice d'admiration que je² me livrerai ici, du fait de la distance méthodologique qui existe entre ma démarche d'historienne du droit et celle du philosophe du droit. Distance qui introduit presque nécessairement une sorte de

¹ Cette contribution a été rédigée au printemps 2018. Le retard de publication n'a appelé que quelques mises à jour bibliographiques, le propos de l'auteur restant inchangé quant à ses impressions de lecture sur l'ouvrage *Le sens des lois*.

² La dimension subjective étant au cœur de l'invitation lancée par les directeurs de la *RHFD*, on voudra bien excuser l'emploi un peu inhabituel du *je* : le jeu de la lecture subjective interdit en effet de se cacher derrière un nous d'autorité !

biais dans ma lecture de l'ouvrage, que je n'essaierai pas de combler puisqu'on verra qu'elle m'oblige à une sorte de démarche réflexive sur ma propre méthode. Et c'est d'ailleurs une autre difficulté de l'exercice que celle de l'angle à adopter pour la restitution de ces impressions de lecture. Il ne s'agit pas en effet de proposer un compte rendu de l'ouvrage qui s'attacherait à transcrire le plus fidèlement possible tout sur ce qui s'y trouve ; il ne s'agit sans doute pas non plus d'indiquer ce qui ne se trouve pas dans l'ouvrage de B. Frydman et que j'aurais aimé y trouver ; même si la confrontation de ce texte avec des horizons d'attentes³ dont je tenterai de rendre compte m'expose sans doute à une forme d'extrapolation que l'auteur, voyant ainsi son texte sur-interprété, voudra bien imputer à la stimulation provoquée par la lecture de son livre (une sorte d'application du travail de l'œuvre subtilement décrypté par Claude Lefort⁴). Il s'agira en somme ici d'expliquer en quoi l'ouvrage est important pour mes recherches, en indiquant, à l'aune de mes curiosités, ce qui retient mon attention. Je me lance donc, sans être sûre que le point de vue singulier de ma lecture de cette histoire de l'interprétation et de la raison juridique sera tenu « pour légitime ou acceptable par l'auditoire ou la communauté des interprètes »⁵.

Un mot s'impose pour commencer quant au cadre dans lequel cette lecture a été effectuée, qui éclairera le contexte de réception de l'ouvrage de B. Frydman. Les heureux hasards de sollicitations amicales font que *Le sens des lois* a été repris en même temps qu'était lu *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit* de Vincent Forray et Sébastien Pimont. Ces auteurs consacrent une longue analyse critique à l'ouvrage de B. Frydman⁶, considéré par eux

³ H.R. Jauss, *Esthétique de la réception*, Gallimard, Tel, 1990 (1978), p. 49 : « l'analyse de l'expérience littéraire du lecteur échappera au psychologisme dont elle est menacée si, pour décrire la réception de l'œuvre et l'effet produit par celle-ci, elle reconstitue l'horizon d'attente de son premier public, c'est-à-dire le système de références objectivement formulable qui, pour chaque œuvre au moment de l'histoire où elle apparaît, résulte de trois facteurs principaux : l'expérience préalable que le public a du genre dont elle relève, la forme et la thématique d'œuvres antérieures dont elle présuppose la connaissance, et l'opposition entre langage poétique et langage pratique, monde imaginaire et réalité quotidienne ».

⁴ C. Lefort, *Le travail de l'œuvre. Machiavel*, Tel Gallimard, 1986 (1972).

⁵ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2011, 3^e éd., p. 609.

⁶ V. Forray et S. Pimont, *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, p. 128-157.

comme l'illustration topique des rapports que la doctrine, interprète du droit, entretient (ou plutôt n'entretient pas) avec l'écriture des textes juridiques qu'elle analyse et ceux qu'elle produit. Le phénomène d'écriture serait en effet une sorte d'angle mort de l'interprétation, définie comme attribution de sens (en écho au titre de l'ouvrage de B. Frydman). Ces deux ouvrages, que le second situe donc dans une sorte de contradiction assez ferme, se révèlent pourtant assez complémentaires dans la lecture que j'en fais, qui privilégie une approche matérielle (non matérialiste...) de l'histoire de la pensée juridique et interroge l'impact des supports matériels de la doctrine sur la production et la circulation des savoirs juridiques. Prise dans le cadre d'une interrogation encore plus générale sur la dimension matérielle de l'écriture du droit et de la science du droit, la lecture de l'ouvrage de B. Frydman est passionnante en ce qu'il suscite de nouvelles interrogations sur ce que pourrait être une approche matérielle de l'acte d'interprétation.

Le texte est au cœur de l'ouvrage, comme la base sur laquelle se fonde toute interprétation : il est au départ de l'attribution de sens (texte à entendre au sens littéral – et littéraire – du terme, comme base écrite, qu'on distinguera ainsi du discours) ; le droit étant essentiellement un *phénomène textuel*, selon l'expression de V. Forray et S. Pimont, il ressort assez clairement des différentes théories de l'interprétation étudiées par B. Frydman qu'elles se nourrissent des relations complexes et évolutives que les interprètes entretiennent avec le texte au fil du temps (du moins dans la tradition du droit occidental, et plus spécialement de la *Civil law*).

Mais il est alors un paradoxe de l'interprétation pointé par V. Forray et S. Pimont, selon lequel les théories de l'interprétation attirent certes l'attention sur la *textualité du droit*, mais pour mieux finir en réalité par distraire la science du droit de l'acte *d'écriture* des textes juridiques, et de son effet de formation (mise en forme) et transformation envisagé dans la *déécriture*. De fait, dans *Le sens des lois*, l'action d'écriture des textes n'apparaît que de manière assez anecdotique, puisqu'il n'est essentiellement question que du produit fini, à savoir l'ouvrage qui contient les règles de droit et dont il s'agit pour l'interprète d'analyser le contenu dans ses propres textes, objets de l'étude de B. Frydman ; la remarque vaut y compris pour les philologues du XIX^e siècle, dont l'auteur démontre parfaitement

pourquoi ils forgent le concept de *sources du droit*, mais dont il apparaît qu'ils s'attachent davantage ce faisant à déterminer *pourquoi* tel texte a été écrit, qu'à comprendre *comment* il l'a été⁷.

Si le geste d'écriture n'est pas considéré en tant que tel, l'auteur occupe aussi une place secondaire comme ressource des ressorts de l'interprétation proposés par B. Frydman. La démonstration éclaire parfaitement comment l'auteur de la règle juridique est en fait longtemps recouvert par la notion d'autorité, avant de disparaître purement et simplement derrière son ouvrage, pour n'être saisi par l'interprète que comme une volonté et une intention à analyser. L'auteur est en revanche bien présent en tant qu'interprète, le raisonnement juridique de chaque époque étant saisi *à partir de lui* (et on est impressionné par la maîtrise des œuvres analysées par B. Frydman)... même si *de lui* (l'interprète) on n'apprend rien (mais ce n'est pas l'objet de l'ouvrage que de nous en dire plus *sur lui*). De cette double éviction (de l'écriture et, pour partie, de l'auteur), l'attention portée sur le texte par les théories de l'interprétation exposées dans *Le sens des lois* confirme, selon V. Forray et S. Pimont, « l'attitude naturelle qui tend à occulter la phénoménalité juridique de l'écriture »⁸, qui n'est en somme que la servante d'une pensée, d'une volonté, d'une intention, d'intérêts qu'il s'agit seuls de reconstituer.

R.C. Van Caenegem évoque le *livre saint du droit* et la vénération des glossateurs et des exégètes pour le livre. Or s'il est sous-entendu que l'interprète est un lecteur, le livre dans lequel il trouve le texte à interpréter et celui dans lequel se déploie ensuite son interprétation ne sont jamais considérés en tant que tels. Or la *mise en livre* d'un texte en conditionne autant l'écriture que la lecture. L'attribution de sens qui est au cœur de l'acte d'interprétation juridique étudié par B. Frydman au fil de l'histoire, évince ce que cet acte a de formalisateur (la forme même de l'interprétation) si l'on admet avec V. Forray et S. Pimont que l'écriture constitue le droit selon une certaine modalité d'existence, elle lui confère une forme qu'il ne posséderait pas sans elle, donc elle le fait être... avec l'effet de

⁷ Cf. Forray, S. Pimont, *op. cit.*, p. 143.

⁸ V. Forray, S. Pimont, *Décrire le droit... et le transformer*, *op. cit.*, p. 122.

trahison de sens que recèle l'acte de formalisation de l'écriture (à savoir, donc, la déécriture).

Si V. Forray et S. Pimont reprochent à B. Frydman de négliger la *mise en forme* du droit qui est au cœur de l'interprétation, il m'apparaît toutefois que la matérialité de l'écriture n'est en définitive pensée ni par les uns ni par les autres (ce dont il doit être bien entendu que je ne leur fais pas grief puisque ce n'est pas leur objet... mais le mien !) Les deux ouvrages livrent en somme, chacun de leur point de vue, une critique interne au droit, dans son interprétation et/ou dans l'acte de sa mise en forme. Cette proposition est particulièrement stimulante, puisqu'elle aide à mieux baliser le terrain de ce que pourrait être une histoire des formes matérielles de l'écriture juridique.

À partir de ces analyses très suggestives, il me semble en effet possible d'inciter les juristes à dépasser une conception restrictive de la notion de texte (interne, comme contenu), pour s'intéresser à la production matérielle du livre juridique comme contenant⁹, aussi bien qu'aux vecteurs de sa diffusion (puisque'il faut bien qu'ils arrivent aux lecteurs qui les interpréteront¹⁰). Les travaux des sociologues du livre montent en effet que celui-ci est écrit *et* manufacturé¹¹, qu'il est à la fois un discours *et* un objet.

⁹ Ça commence à être le cas, comme en attestent des études récentes consacrées aux manuels de droit (A.S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit*, Lextenso-LGDJ, 2014 (avant-propos « Premiers jalons pour une histoire des manuels de droit ») ; *Id.* (dir.), « Les sciences de l'homme en manuel. Spécificités du discours pédagogique dans les manuels d'enseignement supérieur », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, vol. 29) aux recueils de jurisprudence (P.N. Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Montesquieu Bordeaux IV, Thèse de droit, 2014, publié à la Bibliothèque d'histoire du droit et de droit romain, Lextenso-LGDJ, n° 39, 2022) ou aux revues juridiques (F. Cherfouh, *Le juriste entre science et politique. La Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Montesquieu Bordeaux IV, thèse de droit, 2010, publiée à la Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, Lextenso-LGDJ, n° 31, 2017).

¹⁰ Les perspectives fécondes de telles recherches ont commencé à être défrichées lors du colloque organisé par R. Carvais, J.L. Halpérin (dir.), *L'histoire de l'édition juridique (XVI^e-XXI^e siècle). Un état des lieux*, Lextenso-LGDJ, 2021 ; l'analyse devrait être prolongée aux lieux de savoirs, par exemple les bibliothèques des juristes : S. Normand, « la bibliothèque du barreau de Montréal », *Bibliothèques québécoises remarquables* (C. Corbo dir.), 2017, p. 217 et s. ; S. Kochkina, « Listening to the dead with our eyes : Fr. Olivier Martin's library, a mirror image of a legal historian », *Library & information. History*, aug. 2016, 32, 5, p. 1-16).

¹¹ F. Carreira da Silva, « Following the book : towards a pragmatic sociology of the book », *Sociology*, 1-16, 2015.

La *bibliographie* est la discipline qui étudie les textes en tant que formes et dans leur processus de transmission ; à travers la chaîne qui va de leur production par l'auteur à leur réception par le lecteur ; selon les termes de l'un de ses principaux représentants (D.F. McKenzie) tous les choix qui donnent leur forme physique aux objets qui portent les textes, sont en eux-mêmes des actes d'interprétation historiquement déterminés et ces dispositifs formels influent sur la réception, contrôlent l'interprétation et qualifient le texte¹². Celui-ci est donc inscrit dans une matérialité impossible à négliger (justifiant selon moi l'intérêt d'une analyse historique des contextes de production textuelle, dont la scansion proposée par B. Frydman offre une formidable base de travail, sur laquelle il serait possible d'ouvrir des perspectives). Il me semble que cette approche bibliographique venant au soutien de l'interprétation permettrait d'en finir avec la tendance des juristes à considérer les textes juridiques qu'ils manipulent comme transparents à eux-mêmes ; la grille de lecture de B. Frydman est la première étape d'une histoire des codes argumentaires, qu'il conviendrait de relier aux milieux qui les produisent ainsi qu'à ceux qui les reçoivent. Le travail de B. Frydman ouvre la voie mais, de façon sans doute plus triviale, quelques perspectives sur l'histoire matérielle des savoirs juridiques offriraient d'intéressants prolongements, ne serait-ce que pour comprendre comment la modélisation fonctionne en pratique.

Ces remarques trahissent assez combien cette approche est liée à ma lecture d'historienne du droit, dont il est sans doute utile de rappeler ce qui la démarque des travaux de théorie ou de philosophie. L'histoire du droit (telle du moins que je la pratique) s'attache à décrypter la dimension matérielle et institutionnelle de la production et de la circulation des savoirs juridiques ; le tout selon la perspective qu'on pourrait qualifier de *contextualiste*¹³ d'une histoire sociale,

¹² D.F. McKenzie, *La bibliographie et la sociologie des textes*, éd. du Cercle de la Librairie, 1991 (introduction de Roger Chartier).

¹³ Sur cette question, cf. M. Loisele, « L'histoire des concepts juridiques et la question du contexte », *Sur la portée sociale du droit, usages et légitimité du registre juridique* (A. Vauchez, L. Israël, G. Sacriste, L. Willemez éd.), PUF, CURAPP, 2005, p. 29-41 ; pour une application au domaine du droit des enjeux de la contextualisation, cf. aussi *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013 (Droit en contexte). On lira enfin le volume de la *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 30, 2017, avec une introduction très suggestive de W. Feuerhahn (« les sciences

culturelle et politique de la science et des savoirs juridiques, pour laquelle la contextualisation est une clé d'intelligibilité ; le contexte n'est pas qu'un simple décor¹⁴ et le choix d'échelle ou la focale de la contextualisation ne sont pas indifférents, qui éclaireront tel pan du réel ou en laisseront d'autres dans l'ombre. J'aurais donc contextualisé autrement les étapes de l'histoire de l'interprétation proposée dans *Le sens des lois* ; particulièrement dans la période moderne, que je connais le mieux, l'histoire de la pensée juridique m'apparaît surtout comme une lutte de savoirs, dont il me semble que les ressorts peuvent s'observer très matériellement (dans la compétition pour les ressources universitaires et culturelles, dans les multiples formes des réseaux savants et dans l'influence qu'ils exercèrent sur les institutions). La perspective peut utilement prolonger la démonstration théorique de B. Frydman, pour souligner que dans le monde des juristes savants, les révolutions ne sont pas seulement épistémologiques, mais aussi institutionnelles et disciplinaires.

Dans le très ample récit qu'il propose de l'histoire de l'argumentation juridique, par la longue durée qu'il aborde, B. Frydman assume le fait de ne pas replacer les textes juridiques dans leur contexte de production ; ce faisant, son ouvrage articule une sorte de rencontre aux sommets de textes majeurs, un dialogue aux cimes dans lequel des œuvres se répondent, les auteurs (tous membres de la communauté des juristes) étant animés par un même projet de construction d'une science du droit qui traverse les siècles. Sans doute cette manière de mobiliser ces grandes références permet-elle de mettre au jour des structures de pensée largement partagées, des modèles d'interprétation dominants. Dans cette logique théorique, l'angle retenu est parfaitement cohérent ; comme historienne du droit (qui plus est inspirée par les travaux de l'école de Cambridge) j'ai tendance à considérer que les idées ne sont pas lancées dans un vide culturel mais qu'elles sont les éléments d'une vaste littérature dans laquelle elles s'inscrivent. Les auteurs écrivent

humaines et sociales : des disciplines du contexte ? ») et une contribution de Jean-Louis Halpérin (« Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? »).

¹⁴ Q. Skinner rappelle qu'en situant un texte dans un contexte, « ce n'est pas seulement un décor qui se propose à l'interprétation : c'est l'acte d'interprétation lui-même qui commence » ; *Les fondements de la pensée politique moderne*, 2001, Albin Michel, p. 13.

dans un contexte précis, pour prendre position sur des questions et des débats de leur temps ; et c'est bien dans ce contexte précis que, comme le dit Quentin Skinner, « élaborer un argument c'est toujours argumenter *contre quelqu'un*, c'est toujours raisonner *pour ou contre* une certaine conclusion ou le cours des choses »¹⁵.

Aussi l'analyse du langage qui fonde les travaux de l'école de Cambridge s'attache-t-elle à saisir les stéréotypes et les paradigmes qui forment la grille d'intelligibilité du monde (politique, juridique) partagée par les auteurs et acteurs d'une société donnée ; reconstruire les cadres cognitifs et le contexte linguistique dans lesquels les actes de langage ont été produits permet de comprendre l'intention de l'auteur, ce qu'il a voulu *faire* en écrivant ce qu'il a *écrit* ; il convient donc de « sortir du texte lui-même, pour étudier de manière systématique l'ensemble des usages qu'il est possible de faire (à une époque donnée) d'une même idée ou d'un même thème »¹⁶. Ce qui suppose donc de dépasser les *grands noms* pour voir en quoi les idées ont été partagées, en quoi elles ont été dans l'air du temps, pour comprendre ensuite comment elles se sont métamorphosées. La démarche est autant une histoire de la pensée qu'« une étude historique des manières de penser »¹⁷. Cette manière de considérer les choses ne me semble pas incompatible avec le regard en surplomb de la modélisation par B. Frydman de l'histoire de l'interprétation, qui déplace certains jalons qu'on pensait solidement fixés.

Dans une controverse déjà ancienne, Yves-Charles Zarka reprochait à Q. Skinner de réduire le sens d'une œuvre philosophique aux circonstances immédiates de son temps, et de négliger ce faisant l'effet de rupture de certaines œuvres, dont la signification philosophique transcenderait les intentions déterminées qui auraient présidé à sa rédaction¹⁸. Il y aurait une erreur méthodologique

¹⁵ Q. Skinner, « The idea of negative liberty : philosophical and historical perspectives », *Philosophy in history. Essays in the Historiography of Philosophy* (R. Rorty, J.B. Schneenind, Q. Skinner dir.), Cambridge university press, 1984, p. 201 (nous traduisons).

¹⁶ J.F. Spitz, « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner », *Droits*, 10, 1989, p. 138.

¹⁷ M. Angenot, *L'histoire des idées. Problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, PU Liège, 2014, p. 13.

¹⁸ *Le Débat*, 1997/4, n° 96 ; deux interprétations de Hobbes : Y.Ch. Zarka, « Hobbes et la pensée politique moderne », p. 92-100 ; Q. Skinner, « Raison et rhétorique dans la philosophie de Hobbes », p. 100-108. Sur l'opposition des méthodes philosophique et historique dans l'analyse des idées politiques, A. Herla, « Histoire de la pensée politique et

(conséquence d'un *historicisme désuet*) à réduire les œuvres importantes sur la production éditoriale d'une époque et à considérer les textes comme le simple reflet historiquement daté d'un contexte (politique, économique, social) auquel ils seraient indissolublement liés – d'où les accusations de relativisme généralement diffusé dans les discours de philosophes contre les historiens. À ceci près que ces *grandes œuvres* ne sont pas écrites (et à tout le moins immédiatement reçues) comme telles et qu'elles n'acquièrent souvent ce statut que dans les lectures successives et les interprétations qui en sont faites ensuite¹⁹. Pour Y.C. Sarka, la démarche historique ne nous apprendrait en somme rien des grands textes mais elle nous renseignerait simplement *sur* eux, l'École de Cambridge niant *l'essence* du politique, diluée par elle dans une succession de réalités hétérogènes qui engendrent un univers intellectuel hautement particularisé (où les auteurs ne seraient pas capables d'entretenir un dialogue mutuel sur des questions identiques²⁰).

Cette scission disciplinaire et méthodologique est assumée par certains historiens des idées, qui reprochent au contraire à la philosophie (politique) de ne s'intéresser qu'à la nature des choses et pas aux individus, à tel groupe social, à tel régime, à telle civilisation ; « elle ne cherche pas une vérité historique ou relative, mais LA vérité bonne en tout temps et en tout lieu, le meilleur régime »²¹. B. Frydman échappe toutefois à ce reproche, puisqu'à y bien regarder, ce n'est peut-être pas tant qu'il décontextualise totalement, mais qu'il contextualise autrement, ou plutôt recontextualise selon la perspective théorique qu'il adopte sur l'histoire de l'argumentation.

Du fait précisément de l'effet de surplomb imposé par la modélisation théorique et le choix d'un angle de vue large, les évolutions des méthodes d'interprétation restituées dans la vaste fresque historique couverte par *Le sens des lois* permettent à B. Frydman d'articuler son propos autour des ruptures épistémologiques (ou révolutions scientifiques) qui scandent cette

théorie du langage : Skinner, Pocock, Johnston, lecteurs de Hobbes », *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'Université de Liège*, février 2010, n° 3, p. 164-175.

¹⁹ P.N. Barenot, « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? Réflexion autour de quelques données bibliométriques », *Clio@Themis* : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=771>.

²⁰ J.F. Spitz, « Comment lire les textes du passé ?... », *op. cit.*, p. 134.

²¹ J.G. Prévost, *De l'étude des idées politiques*, Presses de l'université de Québec, 1995, p. 15.

histoire de la pensée juridique²². C'est selon moi un des grands apports de la démonstration que d'aller à rebours d'une tendance encore assez vive chez les juristes à aplanir voire carrément à écraser les ruptures sous une vision continuiste et téléologique de l'histoire du droit, concentrée sur l'analyse d'une évolution continue des institutions, des concepts et des systèmes juridiques, ayant leur vie propre et un développement organique à travers le temps ; chaque époque laissant sa trace, les constructions juridiques accumuleraient et juxtaposeraient des strates successives sans éliminer les couches les plus anciennes. À rebours de cette vision de l'histoire du droit dans laquelle les tensions sont résorbées, B. Frydman pointe les moments dans lesquels les méthodes d'interprétation des énoncés normatifs ont été bouleversées.

Car les ruptures dont il est ici question sont bien épistémologiques et non politiques. Si, dans la logique relevée précédemment, elles sont peu mises en perspective avec le contexte non juridique, l'analyse qui en est faite révèle comment, au fil du temps, des modèles de rationalité différents, voire incompatibles, animent des auteurs mus par la même volonté d'élaboration d'une science du droit ; à chaque période considérée, les auteurs mobilisés s'appuient en effet sur une vision du droit spécifique (comme système ou comme commandement) qui influe par contrecoup sur l'idée qu'ils se font de la règle (ainsi dans la vision moderne du droit, la règle n'est plus cet élément logique à ranger à sa place dans le tableau du droit, mais l'injonction du législateur, l'expression de sa volonté, qu'il s'agit de comprendre pour y obéir). Et dans la mesure où ces ruptures épistémologiques sont démarquées des ruptures politiques, B. Frydman oblige à repenser le sens (politique) qu'on leur attribue. Ainsi de la rupture introduite par l'œuvre codificatrice de la révolution, dont il déplace le curseur pour en faire moins un commencement que l'aboutissement (la concrétisation mais aussi la mort par épuisement) de l'approche systématique qui avait caractérisé la pensée juridique moderne ; de même invite-t-il à repenser l'opposition entre l'école de l'exégèse et l'école historique du droit, en soulignant le ressort commun qui les anime, dans une même recherche des sources du droit.

²² B. Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des tribunaux*, 7 décembre 1996, n° 5821.

Je trouve très stimulant ce déplacement et la volonté de s'abstraire du contexte, qui dissocie le temps de l'interprétation (est-il le temps du droit ?) de celui du politique, même si, pour les raisons susdites, je reste convaincue du caractère fondamentalement politique du projet révolutionnaire de codification, tributaire des objectifs plus politiques que juridiques (et au départ nettement anti-judiciaires) des révolutionnaires, avec le rêve d'une écriture du droit codifié dont la limpidité aurait permis à l'homme neuf né de la révolution de se passer de l'interprétation des juges et des gens de justice.

Cette question des ruptures m'amène alors à la conclusion d'un propos décidément étrangement taillé (puisque j'ai négligé un plan, je dois pouvoir me permettre une conclusion !). Le hiatus entre ma conception de l'histoire du droit et la démonstration de B. Frydman, me conduit en somme à me demander si la perspective en surplomb induite par cette modélisation de l'histoire de l'argumentation n'implique pas une approche nécessairement englobante des états normaux entre deux changements de paradigme (pour utiliser le vocabulaire de Thomas Kuhn) ; pour le dire autrement, est-ce que l'attention portée aux ruptures épistémologiques autour desquelles l'ouvrage se structure n'induit pas une sorte de normalisation des phases intermédiaires, qui négligerait les infinies petites contradictions qui se font nécessairement jour avant que ces ruptures interviennent ?

Sans crainte d'ajouter à l'aspect déjà assez trivial de mes remarques précédentes, mon propos empruntera à celui de Paul Feyerabend, souvent considéré par ses adversaires comme un tenant du relativisme cognitif (synonyme d'irrationalisme et de renoncement à toute valeur absolue). Cet épouvantail de la pensée critique, historien et philosophe des sciences défenseur d'une méthodologie pluraliste dans le monde rationnel de la pensée scientifique²³, opposait la contre-induction aux changements de paradigme de Kuhn, en prévenant que la connaissance n'est pas

une série de théories cohérentes qui convergent vers une conception idéale ; ce n'est pas une marche progressive vers la vérité. C'est un océan

²³ P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, 1979 (1975).

toujours plus vaste d'alternatives mutuellement incompatibles (et peut-être même incommensurables)²⁴.

P. Feyerabend ne croyait pas à l'existence d'une solution unique, indépendante du contexte, mais il estimait au contraire qu'il pouvait exister plusieurs vérités éventuellement incompatibles ; il dénonçait la dimension universelle prêtée au rationnel de la science, en affirmant que « l'irrationnel ne peut pas être exclu. Ce caractère particulier du développement de la science est un argument très fort en faveur d'une épistémologie anarchiste »²⁵. Contre les grandes constructions épistémologiques, P. Feyerabend dédramatisait l'histoire de la science en la révélant plus « molle » et « irrationnelle » que ce que les discussions méthodologiques projetaient en traitant du problème de la connaissance *sub specie aeternitatis*. La science est

un processus historique complexe et hétérogène, qui contient des anticipations vagues et incohérentes d'idéologies futures, côte à côte avec des systèmes hautement sophistiqués, et des formes de pensées anciennes ou pétrifiées²⁶.

P. Feyerabend insistait en somme sur ce que la connaissance a de construit, et comment les difficultés y sont neutralisées (en particulier par un travail du langage, dont les juristes savent qu'il n'est pas seulement un instrument servant à décrire les événements, puisqu'il les façonne tout autant).

Anarchiste (au sens volontairement péjoratif du terme, dont il faudrait discuter...), P. Feyerabend poussait la réflexion à un point extrême qui ne manque pas d'intérêt épistémologique. Car là où la proposition de Kuhn oppose les ruptures paradigmatiques à l'idée de progrès linéaire et continu, l'anarchie méthodologique de P. Feyerabend assume carrément le rôle créatif du chaos et d'une forme de contingence, qui viennent bouleverser la raison et favorisent le progrès.

Les idées qui aujourd'hui forment la base même de la science, n'existent que parce qu'il y a eu des préjugés, de la vanité, de la passion ; parce que ceux-là se sont opposés à la raison ; et parce qu'on les a laissés agir à leur guise²⁷.

²⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁵ *Ibid.*, p. 196.

²⁶ *Ibid.*, p. 157.

²⁷ *Ibid.*, p. 196.

Ce qui nous ramène en somme à la question du contexte de production que B. Frydman mobilise peu pour rendre compte des évolutions de l'interprétation juridique. La théorie de la connaissance naît de ce que les penseurs se trouvent dans des contextes où se posent des problèmes qui n'existaient pas avant, et qui les obligent à répondre à de nouvelles questions ; ce sont à elles qu'ils répondent, de même qu'ils écrivent à l'ombre d'institutions qui pèsent sur leur façon de penser et d'exposer les résultats de leurs travaux. Pour P. Feyerabend, *la science n'existe pas*, puisqu'il n'y a rien qui en fait l'unité (non plus d'ailleurs qu'il n'y aurait d'unité dans la vision du monde, qui dépend de la théorie qu'adopte l'observateur et qui lui permet d'interpréter les faits). Et ce sont précisément des méthodes différentes, voire antagonistes, qui ont permis aux scientifiques, au cours des siècles, suivant les circonstances naturelles ou sociales, de faire évoluer leurs programmes de recherche. Une telle perspective dédramatise l'histoire des sciences, en nuancant l'exclusivisme et le point de vue isolé du génie, et en privilégiant le dialogue entre tenants de théories incommensurables²⁸.

La surprise de toute lecture tient à ce qu'on y trouve autant ce qu'on y cherche que ce qu'on n'attendait pas. Par sa structure même et l'ensemble des connaissances qu'il livre, l'ouvrage de B. Frydman est précieux en ce qu'il oblige à un petit retour réflexif sur ses propres pratiques (quitte à ce que celles-ci se braquent, on l'a vu, d'être ainsi chahutées) ! En braconnant dans ce texte dense, on puise en tout cas des forces théoriques, et c'est la marque des ouvrages importants que de bouleverser, ainsi que le fait *Le sens des lois*, l'horizon d'attente des lecteurs.

²⁸ Jean-Luc Gautero y voit une pensée « audacieuse qui nous invite à multiplier les approches d'un monde "riche et dynamique", qui "influence et reflète les activités de ceux qui l'explorent" » ; « Feyerabend, relativiste et réaliste », *Tracé. Revue de Sciences humaines*, 12, 2007.

**COMMENT ON ECRIT
L'« HISTOIRE. BENOIT FRYDMAN ET LES
REVOLUTIONS JURIDIQUES »**

Frédéric AUDREN
Directeur de recherche au CNRS
Centre d'études européennes et de politique comparée
École de droit de Sciences Po

L'ouvrage de Benoit Frydman impressionne, intimide et interroge. Comment diable peut-on faire tenir plus de vingt siècles d'histoire de la raison juridique en 700 pages (ce qui est déjà un format des plus honorables...) ? Comment ne pas s'exposer au scepticisme de l'historien et à la litanie des oublis et des manques ? Je dois avouer que passé ce moment d'embarras, la lecture de l'ouvrage m'a ébloui par sa richesse, sa rigueur, sa maîtrise philosophique et son élégance. Sur la forme, il est une parfaite illustration de cette « ligne claire » bruxelloise qui, en dépit de la technicité du thème abordé, privilégie en toutes circonstances la simplicité, l'épure et la précision. Ce style contribue efficacement à entraîner la conviction du lecteur, fût-il historien du droit.

C'est dans le chapitre VI du *Sens des lois* que j'ai clairement compris ce qui faisait l'originalité de ce modèle interprétatif au XIX^e siècle : plutôt que d'opposer méthode historique et méthode exégétique, comme l'historiographie le fait traditionnellement, Benoit Frydman montre que l'une (axée sur l'origine historique de la règle) et l'autre (sur la formulation linguistique) sont, en réalité, des versions distinctes d'un même et unique paradigme, celui des « sources du droit ». Elles correspondent à deux manières de remonter à la source du droit et d'en déterminer la portée. Cette relativisation bienvenue de l'opposition classique entre histoire et exégèse éclaire sous un jour neuf l'histoire de la science juridique. Elle souligne l'unité profonde d'une époque caractérisée par un modèle philologique plutôt que de

tracer une ligne factice entre des positions prétendument irréconciliables.

Modèles

Benoit Frydman extrait neuf « modèles d'interprétation » (p. 29-34) dans l'histoire longue de l'interprétation des textes et des lois depuis l'Antiquité. Plusieurs contributions publiées ici se proposent d'évaluer la fécondité et les limites de certains modèles ; d'autres soulignent certaines absences que l'historien pourra juger surprenantes. Dans tous les cas, les modèles philologiques et sociologiques constituent, à mes yeux, des outils précieux pour saisir les controverses juridiques au XIX^e siècle et reprendre à nouveaux frais des questions rebattues. Les entreprises de Géný, Delisle ou encore Vander Eycken sont restituées dans leur cohérence interne et leur originalité profonde. L'ouvrage manifeste une ambition jamais démentie de positionner chaque auteur analysé par rapport à d'autres auteurs de manière à contraster et trancher fortement leurs différences (cf., dans ce sens, une utilisation très éclairante de tableaux synthétiques). L'historicité de chaque œuvre étudiée n'en est que plus fortement soulignée et mise en lumière.

La somme de Benoit Frydman déroute sans doute le juriste par son choix des auteurs retenus. Certains auteurs attendus sont absents ; philosophes, théologiens, économistes et juristes se partagent la scène théorique (Cicéron, Augustin, Averroès, Spinoza, Géný, Eskridge, Kelsen, Perelman, pour ne citer que quelques noms) ; figures majeures et mineures se mêlent sans hiérarchisation apparente. Bref, faire l'histoire de la raison juridique n'est pas synonyme d'une histoire doctrinale qui ordonnerait sur un axe chronologique les œuvres maîtresses de la science juridique occidentale, en particulier dans le domaine de l'interprétation. Benoit Frydman fait le choix d'une approche différente : écartant l'hypothèse d'une histoire juridique de l'interprétation (empruntant exclusivement les chemins du droit savant), il propose plus exactement une *histoire culturelle de l'interprétation juridique*. Ce geste rappelle que la raison juridique est toujours impure ; tout n'est pas juridique dans la raison juridique, pour paraphraser librement Émile Durkheim. Pour le dire autrement, l'interprétation juridique ne prend

sens que par rapport à un ordre sous-jacent, une structure qui régit les connaissances et les pratiques juridiques. Cette idée a été maintes fois rappelée par Michel Villey (la méthode juridique des romains serait à rechercher dans la dialectique) ou Chaïm Perelman (la logique juridique n'est pas systématiquement déductive et adossée à une volonté souveraine).

Rendre compte historiquement de l'interprétation juridique suppose d'identifier un contexte culturel particulier (ici, la culture est d'ailleurs plus proche de la *paideia* grecque ou la *cultura* romaine que de la « diversité culturelle » des anthropologues), un monde ambiant dans lequel elle s'inscrit, lui donne sa raison d'être. Un tel contexte déborde de toute part les considérations strictement juridiques. Cette histoire est, avant tout, une affaire d'*épistémè* et non d'idées ou de théories juridiques. L'expression est naturellement empruntée à Michel Foucault dans *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines* (1966). Benoit Frydman reconnaît d'emblée sa dette à l'égard d'une œuvre qui irrigue sa démarche et sa réflexion¹. La mobilisation du concept d'*épistémè* introduit à la fois un point de vue structural et une approche plus totalisante. L'interprétation juridique est déterminée par les codes fondamentaux de la culture à laquelle les juristes participent ; de tels codes fixent, à une époque donnée, les contenus empiriques et structurent anonymement les pratiques savantes et intellectuelles. De plus, chaque époque est définie par une épistémè et une seule, « qui définit les conditions de possibilités de tout savoir », selon la remarque de Foucault. L'ambition de Benoit Frydman est donc moins, comme une lecture trop rapide de son travail le laisserait croire, de restituer la succession des théories juridiques de l'interprétation que de saisir la *matrice culturelle* (souvent implicite) qui conditionne, à différentes époques, et donne sens au travail d'interprétation des juristes.

Il ne s'agit pas ici de réduire *Le Sens des lois* à une simple application à la matière juridique de l'archéologie foucauldienne (on sait qu'il finira par abandonner la notion d'*épistémè*). Benoit Frydman se montre à cet égard assez peu fidèle aux épistémès occidentales relevées par

¹ Ce n'est pourtant que très récemment qu'il a consacré sa première étude à Foucault, avec Nathan Génicot : B. Frydman, N. Génicot, « Foucault, le droit et la dynastie du pouvoir », *Foucault face à la norme* (E. Nicolas, J. Guittard, C. Sintez dir.), Mare & Martin, 2021.

Foucault lui-même (l'absence de l'épistémè de la Renaissance est par exemple patente) et revendique d'autres filiations (p. 36-38). Dans tous les cas, il récuse une histoire de l'interprétation juridique qui se réduirait à la seule interprétation de grandes œuvres juridiques pour privilégier, à une époque donnée, l'analyse des conditions d'une interprétation *bien* fondée (chaque époque a ses techniques propres mais aussi ses valeurs). Les neuf chapitres ne sont donc pas un panorama d'auteurs dont l'œuvre et les intentions seraient à interpréter mais comme autant de « machineries interprétatives », de pratiques d'interprétation dont il convient de scruter les ressorts et les mécanismes. Dans *Le sens des lois*, les auteurs retenus par Benoit Frydman le sont non pas parce qu'ils seraient les meilleurs théoriciens de l'interprétation à une époque donnée mais parce que leurs œuvres traduisent, expriment explicitement, *font voir* plus ou moins précisément la machinerie interprétative *d'une* époque. De ce point de vue, on comprend qu'il y ait un sens pleinement légitime à étudier aussi bien des juristes que des non-juristes, des classiques que des auteurs jugés mineurs.

Chaque chapitre entrecroise trois dimensions : une contextualisation (quels sont les défis sociaux, politiques et savants de l'époque ?), une objectivation (quelles traces une époque laisse-t-elle de ses pratiques d'interprétation), une systématisation (comment certains auteurs construisent-ils des programmes en matière d'interprétation ?). C'est ce dernier élément qui est le plus important : cette focalisation sur des auteurs, le plus souvent majeurs, et leurs modalisations éloigne quelque peu Benoit Frydman de l'approche épistémique et de son réseau imperceptible et anonyme de contraintes et de règles. Plus encore que le terme *d'épistémè*, celui de *paradigme*, emprunté cette fois à Thomas Kuhn, semble mieux convenir au projet de l'ouvrage. Parce qu'elle pointe plus clairement en direction des pratiques savantes (le paradigme fonde le consensus quant au choix légitime des problèmes concrets à résoudre, aux méthodologies à utiliser et aux manières de trouver des solutions concrètes), la notion (polysémique) popularisée par Kuhn traduit, plus exactement, ce qui anime le *Sens des lois* : des œuvres de l'esprit, s'attachant à formaliser, capter, spécifier des pratiques paradigmatiques, sont des médiateurs utiles pour s'approcher des logiques interprétatives d'une époque. De Rome à Vienne, de Nancy

à Harvard, l'objectif est moins de chercher ce qu'un auteur *pense et dit* de l'interprétation que de tenter de montrer, à partir de lui, comment fonctionne le travail de l'interprète.

Soulignons ici l'erreur logique qui consisterait, par ailleurs, à aborder l'ensemble des œuvres, dans les neuf chapitres, à partir d'une démarche purement philologique visant à restituer la volonté et les intérêts d'un auteur, le sens unique de son texte, etc. Si Benoit Frydman ne se met pas en contradiction avec ses propres thèses (en étendant sur vingt siècles le modèle philologique qu'il décrit lui-même comme datable et daté, insusceptible de constituer l'alfa et l'oméga du travail savant), c'est que justement il se refuse à étudier les œuvres en simple historien des idées juridiques ou en herméneute (ce que pensent les juristes, siècle après siècle) mais en partisan de la pragmatique (ce que font et produisent les textes, leur action théorique en quelque sorte). C'est sans doute un point intéressant et quelque peu ironique : Benoit Frydman, *via* son chapitre VI (qui décrit obliquement la traditionnelle histoire doctrinale), immunise contre toute lecture qui prétendrait étudier chaque période comme un tableau d'idées et/ou de doctrines juridiques. Un codicille adressé à tout lecteur futur.

Il faut revenir, une fois encore, sur les œuvres étudiées dans l'ouvrage. J'ai indiqué qu'elles constituaient en quelque sorte des voies d'accès au paradigme interprétatif d'une époque. Cette formulation est somme toute fort générale et masque difficilement deux questions distinctes. La première soulève, à une époque donnée, le problème du choix d'un auteur plutôt qu'un autre. Chaque chercheur est certes libre et responsable de ses choix. En soi, il n'y a *de notre point de vue contemporain* aucun problème à choisir, en fonction des objectifs poursuivis, un auteur plutôt qu'un autre. Mais, l'historien ne peut s'empêcher de constater que certains choix opérés sont guidés par un « culte des grands auteurs » ou un regard rétrospectif plutôt que par des considérations historiques.

Par exemple, il y a un écart entre le fait que des œuvres puissent caractérisées *rétrospectivement* une époque considérée et le fait qu'elles aient occupé, *effectivement*, à l'époque considérée la place qu'on lui reconnaît ultérieurement. Que Spinoza incarne, à nos yeux, l'invention d'une modernité scientifique ne fait pas de doute mais la question de son rôle effectif et de son influence à l'époque, celle de

la diffusion de son œuvre sur le continent européen, restent posées (Yves Citton a bien montré que le spinozisme méconnaît assez largement Spinoza). Une remarque identique peut être formulée à l'égard de Frege, Wittgenstein ou Kelsen dont les œuvres sont plus ou moins connues dans l'entre-deux-guerres. Mais il n'est pas certain qu'ils soient à même d'incarner un certain esprit scientifique de cette époque. À l'inverse, d'autres cas semblent plus faciles : par exemple, la visibilité acquise par Savigny ou Gény, de leur vivant, font d'eux des incarnations plus convaincantes de leur époque.

Le choix des auteurs n'est donc pas une simple question de convenance ; il engage la reconstitution même des différents modèles. Comment les œuvres sélectionnées peuvent-elles dire quelque chose du travail interprétatif d'une époque si elles ne représentent qu'elles-mêmes (ou guère plus) dans cette période considérée ? Comment peuvent-elles dire quelque chose des pratiques intellectuelles de leur temps si elles sont jugées par les contemporains trop en avance sur leur temps ? C'est pour échapper à ces apories que Foucault avait écarté autant que possible les grands auteurs pour privilégier une archive plus anonyme mais plus localisée dans le présent. Benoit Frydman souligne qu'il privilégie

pour chaque époque, les ouvrages ou traités qui ont été considérés par les contemporains ou retenus par la postérité comme les plus influents ou les plus représentatifs, ou encore ceux qui, à nos yeux, ont marqué une évolution décisive d'interprétation, en particulier en opérant la transition d'un modèle interprétatif à un autre (p. 29).

Indépendamment de la finesse des analyses réalisées par l'auteur, cet éclectisme est, me semble-t-il, de nature à affaiblir les assises de son projet. Non pas parce que l'auteur serait insuffisamment historien mais plutôt parce qu'il oscille constamment entre deux histoires possibles : l'histoire culturelle (le cœur du projet) affronte la tentation d'une *histoire présentiste*. Et cette dernière menace subrepticement l'ambition même du projet puisqu'elle ramène la vérité de toute histoire aux intérêts et aux perspectives de notre présent, en contradiction avec l'ambition de redonner à chaque moment (et chaque modèle) sa dignité historique et son incommensurabilité.

Une seconde question pose la question du passage des œuvres (traités et ouvrages) aux « modèles d'interprétation ».

Incontestablement, les seconds ne sont pas réductibles aux premières. Les œuvres seraient-elles une donnée historique quand les modèles seraient des reconstructions historiennes ? Sans doute, du moins partiellement. Une œuvre peut-elle exprimer ou dire la totalité d'un modèle, dans une sorte de coïncidence quasi-parfaite (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény coïncide-t-elle adéquatement avec ce « modèle sociologique » au point de se confondre avec lui ?). L'articulation entre le statut des œuvres et la construction des modèles interroge l'historien. Benoit Frydman insiste sur le fait que ces modèles comprennent quatre éléments distincts : techniques d'interprétation, méthodes d'interprétation, procédures d'interprétation, vision du droit (p. 33-36). Mais, cette riche construction semble parfois un peu sous-exploitée dans le corps de la démonstration, mobilisée très ponctuellement.

L'ouvrage affronte ici l'ambivalence de tout modèle : à la fois, représentation à une échelle réduite d'une réalité dont elle condense l'essentiel ou conserve la forme (un modèle d'interprétation reproduit ou redécrit certaines pratiques sous une certaine forme), construction schématisée d'une réalité capable d'en expliquer le fonctionnement (un modèle d'interprétation offre une version stylée des opérations que cette activité implique) mais également instrument de référence à reproduire ou à imiter (un modèle est un guide d'action donné en exemple). La force des modèles proposés par Benoit Frydman frappe les lecteurs et ils permettent de distinguer, avec une grande efficacité, entre différentes époques. Toutefois, d'un point de vue historique, la question « À quoi tient, à une époque donnée, un modèle » est moins qu'évidente. Mais faut-il s'en étonner puisque Benoit Frydman ne s'intéresse pas précisément à la détermination sociale et politique des modèles construits/identifiés. Ce qui relève tantôt des faits historiques tantôt des élaborations historiennes n'est pas toujours clairement distingué. Les modèles d'interprétation sont-ils des modèles historiques (ceux des acteurs de/dans l'histoire) ou des modèles d'historien (ceux de l'historien au présent) ? On pourra répondre qu'ils sont l'un et l'autre, sans convaincre complètement l'historien.

Quoi qu'il en soit, il faut faire justice à Benoit Frydman de son ambition pragmatique : celle qui consiste à redécouvrir « ce dont les gens sont capables », pour utiliser la belle expression de Luc

Boltanski, lorsqu'ils s'engagent dans une activité interprétative. Chaque époque est capable d'innovation et de créativité, capable de produire une certaine logique argumentative pour donner raison de son droit. Plus encore, et cela n'est pas sans faire penser aux « modèles de cité » de Luc Boltanski et Laurent Thévenot², les « modèles d'interprétation » fonctionnent sur *un mode matriciel ou grammatical*. Ces modèles ne s'appliquent pas comme on appliquerait une loi ; ils sont *activables* par des juristes *en situation*³. Ces modèles sont de l'ordre de la mise en pratique (et non de l'ordre des idées ou de l'interprétation) ; ils sont comme des grammaires qui permettent à l'activité interprétative d'avoir un sens pour celui qui la pratique et ceux qui en subissent les effets. Interpréter en dehors du modèle légitime, c'est produire un discours déraisonnable ou des décisions insensées.

On l'aura compris : la figure la plus centrale (et, paradoxalement, l'une des moins visibles du livre, à l'exception du chapitre IX qui prend à bras-le-corps la pratique judiciaire) est ici celle du juge. Contrairement à une idée reçue, la logique judiciaire n'est pas éternellement identique à elle-même à travers les âges : il y a des manières multiples d'interpréter judiciairement le droit dans l'histoire. Cette relation consubstantielle entre interprétation juridique et activité du juge s'inscrit pleinement dans la tradition portée par l'École de Bruxelles et du Centre National de Recherches de Logique dont Chaïm Perelman fut la figure tutélaire. À titre d'exemple, on citera deux études rédigées par des membres du Centre, Paul Foriers et Henri Buch, consacrées à l'interprétation juridique qui font pleinement écho aux préoccupations de Benoit Frydman⁴.

² Rappelons que les « cités » sont construites à partir de textes paradigmatiques de la philosophie morale et politique (Rousseau, Bossuet, Saint-Simon, Hobbes, Augustin ou Smith) : L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991. Les deux auteurs reconnaissent d'ailleurs l'apport de C. Perelman à leur propre enquête sociologique.

³ Benoit Frydman a repris cette question de l'interprétation en contexte : « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, 2013/1, p. 92-98.

⁴ H. Buch, « L'interprétation en droit public belge », *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, A. Giuffrè, 1969, p. 149-172 ; P. Foriers, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », *La pensée juridique de Paul Foriers*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 709-71.

Récit

Le *Sens des lois* n'offre pas seulement une réflexion sur la constitution historique des « modèles d'interprétation » ; l'ouvrage invite également à une réflexion sur la succession historique de ces modèles. Quel récit Benoit Frydman fait-il de cette longue histoire ? Comment passe-t-on d'un modèle à l'autre ? Dans le droit fil de l'approche foucaldienne, *Le Sens des lois* adopte un fort parti pris anti-évolutionniste et discontinuiste. Un modèle ne se modifie pas progressivement pour donner naissance à un modèle d'une autre nature. Il y a bien quelque chose comme une évolution de la modélisation dans le cours de l'histoire (si on entend par là que plusieurs modèles se succèdent dans le temps) mais il n'y a pas à proprement par une évolution *entre* les modèles (au sens où un modèle se transformerait en un autre). Le passage d'un modèle à l'autre est d'une autre nature : il est de l'ordre du saut ou, pour utiliser une autre notion de Thomas Kuhn, d'une « révolution scientifique »⁵. Dans une certaine mesure, l'histoire saute de modèle en modèle sans qu'il soit possible de réduire le subséquent au précédent. Un principe d'« irréduction » (Bruno Latour) anime la vie des modèles : on peut dire qu'un nouveau modèle *a émergé* mais non qu'il tire son existence d'un modèle antérieur. Aucun modèle n'est réductible à un autre : chacun est placé dans un espace-temps particulier dans son originalité et son unité.

Cette approche discontinuiste a une dimension politique et polémique certaine : elle a vocation non seulement restituer chaque « modèle d'interprétation » dans sa logique propre et sa dignité historique mais également à lutter contre l'ambition hégémonique de tels modèles sur tels autres. Ni l'ordre juridique (modèle géométrique) ni la source du droit (modèle philologique) ne sont les horizons indépassables de la science juridique : ils sont des paradigmes tout autant datés (et donc dépassables) que ceux de l'Antiquité ou du Moyen Âge. On voit assez bien affleurer, sous le texte, le combat mené contre les raidissements exégétiques ou normativistes des juristes contemporains. Il faut renoncer à l'ambition « excessive et déplacée, de fonder une science exacte du

⁵ Benoit Frydman a exploité cette notion dans un texte plus ancien : « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des tribunaux*, n° 5821, 7 décembre 1996, p. 809-813.

droit sur la formalisation du raisonnement juridique ou encore sur une méthode univoque d'application des règles du droit » (p. 682).

L'historicisation radicale des « modèles d'interprétation » se veut libératrice : libérer les juristes de l'ombre portée par les modèles passés pour leur redonner un certain sens de la contemporanéité et de ses urgences. Comment, en effet, donner toute leur place aux questions récurrentes des valeurs et de la globalisation dans le droit si, aujourd'hui encore, on demeure arc-bouté sur une « théorie des sources » qui a plus d'un siècle ? Benoit Frydman ne fait d'ailleurs pas mystère de sa volonté de compléter *Le sens des lois* par un dixième chapitre consacré à un « modèle global » (voir sa préface à la 3^e édition). Faire l'histoire n'est pas s'y enchaîner (rappel à la tradition), c'est, à l'inverse, offrir des nouveaux possibles au présent de l'histoire. Des modèles trépassent, d'autres s'instaurent pour un temps, ultérieurement de nouveaux surgiront.

L'émergence d'un nouveau modèle est *énigmatique* (Foucault disait de même pour une nouvelle *épistémè* et on sait les critiques qu'il s'est attiré au point de s'orienter vers une nouvelle approche archéologique). Mais je crois qu'on aurait tout à fait tort d'imaginer que Benoit Frydman se contente ici d'une solution de facilité : réduire cette histoire à la somme des neuf modèles (modèle rhétorique et modèle biblique et modèle patristique et modèle scolastique etc.), dans l'ignorance de certains enchaînements. Incontestablement, en bonne logique discontinuiste (et structurale), un modèle ne se corrige pas ou ne s'améliore pas, il se disloque et fait place à un autre.

Benoit Frydman reste sans conteste particulièrement discret sur les causes des changements de modèles. À la fin de chaque chapitre, il propose le plus souvent une synthèse très riche du modèle concerné et une comparaison avec d'autres modèles. Mais cette démarche cherche moins à expliquer le passage d'un chapitre à un autre qu'à creuser les *différences* entre les modèles, renforçant les aspects synchroniques de la thèse sur les aspects diachroniques. Dans le cas très significatif du « modèle normativiste », il n'est fait presque aucune référence aux modèles antérieurs comme s'il surgissait, par surprise, d'un ailleurs (le terme de « tournant linguistique » renforce ici cette impression). Ce « modèle normativiste » se présente, en quelque sorte, comme possédant des sources (Frege, Wittgenstein,

etc.) mais pas d'origine, ou du moins comme le produit d'un événement radical. Sans entrer dans les détails, il semble qu'aux yeux de Benoit Frydman, l'émergence d'un modèle ne s'explique que par une sorte de nécessité (peu précisée, il est vrai) de l'époque elle-même. Par une sorte de tautologie, un modèle semble toujours, en quelque sorte, la cause de lui-même. Les raisons expliquant l'apparition d'un nouveau modèle sont que ce modèle est apparu... Ce cercle est caractéristique des « révolutions scientifiques » d'un Kuhn : le passage d'un paradigme à un autre n'obéit pas à une structure logique, ne dérive pas logiquement d'une cause particulière.

La notion de « révolution » n'est pas si mauvaise pour signaler la trajectoire toute en rupture de cette histoire de l'interprétation. Encore est-il indispensable d'écarter, en premier lieu, les lectures caricaturales. Affirmer qu'une révolution instaure un nouveau programme interprétatif qui le distingue radicalement du précédent ne signifie nullement que l'ancien et le nouveau n'ont plus rien en partage. Le saut qui sépare le modèle philologique du modèle sociologique n'implique pas un saut *dans un autre monde*, avec des institutions toutes autres, des individus d'une autre espèce ou encore des idéaux ineffables. Ce sont bien des juristes formés sous le règne de l'exégèse qui participent à la « révolution sociologique » ; ils fréquentent pour beaucoup les mêmes facultés de droit, les mêmes tribunaux, les mêmes bibliothèques de part et d'autre de la nouvelle « frontière sociologique ». En France, les modèles philologiques et sociologiques ont en commun de partager, du moins partiellement, la vie politique et intellectuelle de la III^e République, un intérêt pour la science juridique allemande ou encore des soubresauts de la question sociale. Cet exemple très simple suffit à rappeler que cette révolution dans la modélisation se situe sur *un plan particulier*, distinct d'autres plans (comme le plan de politique internationale, celui de la vie quotidienne, celui de l'éducation, etc.). Une telle révolution n'en finira pas moins, à un moment ou un autre, par modifier aussi certaines pratiques scientifiques, professionnelles ou encore pédagogiques, sur les autres plans.

Cet exemple souligne également, s'il en est besoin, la fausse évidence d'un contexte ou d'une époque propre à chaque modèle. Mais de quelle époque parle-t-on ? Comment la détermine-t-on ? Quelle est, sur ce terrain de l'interprétation, « l'époque » commandée

et concernée par le modèle philologique ? Un contexte particulier peut-il déterminer la particularité d'un modèle si ce contexte est, même partiellement, partagé par un autre modèle ? À chaque modèle, son contexte spécifique. Sans doute, mais à y regarder de plus près, il est pour le moins délicat d'en tracer les contours et les bornes et d'en faire le cadre d'un modèle.

Benoit Frydman a bien perçu cette difficulté. C'est pour cette raison qu'il se refuse à traiter une révolution scientifique en droit comme le résultat d'un contexte particulier, de l'action de certains acteurs ou encore du travail de certaines institutions. Qu'il s'agisse de la construction ou de la succession des modèles, les déterminations politiques et sociales ne l'intéressent pas. Il ne s'agit pas de voir comment et par quels moyens humains, intellectuels ou financiers un modèle *entre en révolution* (cela impliquerait, contre l'hypothèse discontinuiste, qu'un modèle ancien détermine le nouveau) mais de constater qu'une *révolution a eu lieu* et que l'instauration d'un nouveau modèle d'interprétation en porte la preuve. Dans chaque chapitre du *Sens des lois*, les révolutions scientifiques *ne se font pas* ; elles ont déjà été faites et, même, gagnées.

Une telle approche n'est pas seulement une facilité pour ne pas affronter la recherche des causalités historiques ; elle relève plus fondamentalement d'une décision sur ce que sont certaines transformations intellectuelles fondamentales. On pourrait résumer la thèse de Benoit Frydman ainsi : il n'y a de révolutions scientifiques que dans l'après-coup. Cette révolution qui l'intéresse n'est donc pas le « moment révolutionnaire » (celui des effervescences, des mobilisations, des luttes et des revendications contre un certain état de fait) mais un « présent révolutionnaire » : ce moment précis, et presque soudain, où l'écart se creuse avec des pratiques héritées qui semblent d'un coup d'un autre âge, ce présent, qui équipé de nouveaux outils de pensée, s'installe en surplomb d'un passé qu'il semble dominer et maîtriser. Quelque chose s'est passé, presque mystérieusement ou subrepticement, qui fait voir le monde différemment et ouvre le présent sur de nouveaux possibles. Le philosophe Peter Sloterdijk aurait plutôt parlé de l'explication plutôt que de révolution. Sans aucun doute, une enquête historique permettrait de mieux comprendre les raisons profondes d'un tel changement mais elles ne préoccupent pas Benoit Frydman qui ne

s'attache qu'au potentiel révolutionnaire offert à l'action juridique par l'émergence de nouveaux instruments intellectuels, à l'action juridique. La prise en compte de la « réalité sociale » et des intérêts, dans le modèle sociologique, met entre les mains des juristes des moyens de faire bifurquer le droit en vigueur, de le transformer, de hisser à la hauteur des enjeux contemporains.

C'est bien dans l'après-coup que se jouent les révolutions scientifiques du droit : il faut qu'un nouveau modèle d'interprétation soit *déjà* instauré pour prendre pleinement conscience des insuffisances de la « science normale » et prétendre pouvoir commencer une révolution/une transformation ambitieuse *dans* le droit positif. On a souvent accusé le civiliste Julien Bonnecase d'inventer « l'école de l'exégèse ». Cette invention rétrospective n'est pas seulement affaire de psychologie individuelle, de bonne foi scientifique et de combat académique : elle tient aussi justement à la structure des révolutions scientifiques qui fait advenir, d'une certaine manière, le passé *après* le présent. Cette « école de l'exégèse » est fille de « l'école scientifique » et non l'inverse.

Dans ce vaste récit des « modèles d'interprétation », un chapitre occupe une place très singulière dans la construction réalisée par Benoit Frydman : le chapitre IX, dernier de l'ouvrage consacré au « modèle pragmatique » (p. 587-676). Il s'écarte assez fortement de l'approche discontinuiste qui porte les chapitres précédents. Car ce modèle ne se construit pas en rupture avec un autre ou les autres mais se présente comme une synthèse supérieure des expériences passées. Ce modèle est comme la récapitulation de l'histoire passée. Double synthèse, en réalité. En premier lieu, il est une synthèse de l'ancien et du moderne (1^{er} et 2^e parties du livre). Ou plutôt il réintègre dans la raison juridique la dimension herméneutique et dialectique de l'interprétation que la modernité avait voulu liquider au nom d'une conception scientiste. En second lieu, ce modèle transforme les modèles modernes antérieurs (géométrique, philologique et sociologique) en topique juridique. On passe de l'ordre des successions à l'ordre des coexistences (de l'histoire au système, indique plutôt Benoit Frydman) : dans le « modèle pragmatique », l'ordre juridique, les sources du droit et la balance des intérêts sont intégrés comme autant de catégories disponibles et mobilisables pour les besoins d'une cause juridique et judiciaire (cet

aspect avait été fortement mis en lumière dans un texte de Paul Foiriers cité plus haut). Ils ne sont plus des expériences fossilisées à regarder avec la méfiance que le recul du temps nous autorise mais ils se donnent comme des « lieux » et des instruments pouvant être engagés dans le cadre d'une pratique doctrinale ou contentieuse.

De ce point de vue, le « modèle pragmatique » n'est pas seulement un produit de cette histoire de l'interprétation ; il s'est aussi bâti sur les pratiques d'historicisation du passé qui se trouve ici comme convoqué, impliqué dans le modèle lui-même, à titre de ressources pour le juriste. Le passé est moins mis à distance, relégué que réemployé (pour ne pas dire, réemployable) au présent du droit : Benoit Frydman s'écarte ainsi du jeu des différences et des contrastes entre les modèles, qui constitue le socle de son ouvrage, pour privilégier ici le statut rhétorique des méthodes dans le dernier modèle. Cette capacité de synthèse du « modèle pragmatique », sa capacité à prendre soin des valeurs de la démocratie et de l'État de droit est son « génie propre » (p. 682).

Il faut bien reconnaître que Benoit Frydman finit par assimiler quelque peu « raison juridique » et « modèle pragmatique ». Ce dernier n'est pas seulement l'un des neuf modèles d'interprétation ; il est le dernier chronologiquement mais le premier qualitativement et hiérarchiquement. Les raisons de cette supériorité affleurent ici à chaque page et la sympathie s'y lit clairement. On ne peut, à la lecture de ce chapitre IX, s'empêcher d'y voir le point final d'un livre mais aussi le *stade final* de cette histoire de la raison juridique. Il y a bien quelque chose comme la tentation, aux accents hégéliens, de voir dans ce modèle la fin de cette histoire de l'interprétation enfin réconciliée avec elle-même. Nouvel écart : l'effort pour traiter symétriquement tous les modèles fait place à un regard hiérarchisant qui menace la thèse de verser dans un évolutionnisme pourtant récusé. Comment rendre compte de cette mutation du regard ? Comment expliciter cette intrusion du progrès et de la pensée par stades ? On pourra naturellement, comme le suggère Benoit Frydman, insister sur les qualités politiques et scientifiques du modèle décrit. Je ne veux pas discuter ici des mérites de ce modèle qui, convenons-en, a bien des vertus et des aptitudes mais plutôt souligner un autre point, moins aperçu de certains lecteurs : la thèse de Benoit Frydman ne se contente pas d'exposer, en profondeur, ce

« modèle pragmatique » dans son épaisseur historique ; *elle en est elle-même, pour ainsi dire, le produit.*

Rappelons que Benoit Frydman a réalisé *Le sens des Lois* au sein du Centre Perelman qui a recueilli l'héritage collectif du Centre national de recherches de logique, fondé dans les années 1950, dont l'objet était, selon ses statuts,

d'effectuer, de susciter, de promouvoir et de coordonner les recherches de logique, notamment celles qui concernent des raisonnements pouvant être abordés soit selon des méthodes formalisées, soit selon des méthodes non formalisées.

Les travaux de ce centre devenu, en 1967, le Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles sont connus comme ceux de l'École de Bruxelles. S'y illustrent Chaïm Perelman, Paul Foirers, Henri Buch ou encore René Dekkers, pour citer quatre noms. Ce sont leurs travaux, leurs hypothèses et leurs outils qui constituent le socle conceptuel de ce « modèle pragmatique ». Au-delà même de ce dernier, c'est en réalité l'ensemble des *Sens des lois* qui est habité par l'esprit et les références à l'École de Bruxelles. Il n'est besoin que de lire les écrits des membres de celle-ci sur l'interprétation juridique mais aussi ceux sur la philosophie morale et politique pour mesurer la proximité frappante de style, de ton et d'intention avec l'entreprise menée par Benoit Frydman.

Ce n'est que depuis quelques années qu'il s'est lui-même penché directement sur les activités et les productions de l'École de Bruxelles⁶. De son propre aveu, il était, au moment de la rédaction du *Sens des lois*, assez peu ou mal sensibilisé à cette tradition juridique. Pourtant, celle-ci semble l'avoir affecté profondément, à son insu ou à la manière d'une « tradition latente »⁷, au point de pouvoir faire de son travail une réalisation exemplaire de l'École de Bruxelles. Réaliser dans un double sens : réaliser certaines ambitions de cette école mais aussi réaliser *que* ce travail s'y rattache. Comme une évidence que l'on découvre, une nouvelle fois, après coup...

⁶ Notamment, B. Frydman, M. Meyer (dir.), *Chaïm Perelman, De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, P.U.F., 2012.

⁷ Sur cette notion, J.L. Fabiani, « La tradition latente : à propos des usages de la philosophie comtienne de la science dans l'histoire de la sociologie française », *Le goût de l'enquête : Pour Jean-Claude Passeron*, L'Harmattan, 2001, p. 389-416.

Il y aurait matière à approfondir ce lien entre l'École de Bruxelles et le *Sens des lois* mais aussi à prendre au sérieux la trajectoire qu'empruntent les travaux de Benoit Frydman depuis la publication de son livre. On pourrait, par exemple, faire l'hypothèse que, de Pierce à Dewey, la *pragmatique linguistique* s'est quelque peu effacée, dans ces travaux récents, derrière un *pragmatisme juridique* qui privilégie les effets ou les conséquences du droit aux propositions et arguments normatifs.

Je voudrais, pour terminer, revenir sur une dimension qui ne peut laisser indifférent l'historien du droit : la question de la succession des modèles. Non pas les causes ou les raisons d'un passage à l'autre mais bien leur positionnement temporel respectif. Le plan de l'ouvrage suggère que les modèles se situent sur un *même axe chronologique* : a priori, on peut situer Dworkin après Perelman, lui-même après Géný qui succède à Savigny, Spinoza et Cicéron. Un modèle vient après un autre dans une distribution temporelle qui, vu de haut, à toutes les apparences de l'évidence et de la simplicité. Pourtant, au plus près du temps de l'histoire, l'évidence se dissout quelque peu. Prenons l'exemple du « modèle normativiste » qui s'appuie sur les travaux de Frege, Wittgenstein, Austin, Kelsen et Hart. Où le situer temporellement ? Si on s'en tient à la simple biographie des auteurs, le modèle s'étend de 1848 (naissance de Frege) à 1992 (décès de Hart). Faut-il s'attacher à leurs œuvres les plus influentes (entre *Les fondements de l'arithmétique*, 1884, et *Le concept de droit*, 1961) ? Dans un cas comme dans l'autre, le « modèle normativiste » court sur presque un siècle et recouvre aussi bien le « modèle sociologique » que le « modèle pragmatique » (qui débute avec Pierce, né lui-même 1839, mais dont la reconnaissance fut il est vrai postérieure à 1914). Sans compter que Perelman lui-même a consacré sa thèse à Frege en 1938.

On voit bien, à partir de ce simple exemple, la difficulté à situer chronologiquement un modèle. Sur quel critère le faire ? Une œuvre particulière devrait-elle être privilégiée (*Méthode d'interprétation* de François Géný ou *Théorie du droit* de Kelsen) comme plus centrale alors que d'autres se verraient reconnaître la simple qualité de travail précurseur ou inspirateur ? Pourquoi, en définitive, le « modèle normativiste » ne viendrait-il pas se placer *à côté* du « modèle pragmatique » et non *avant* lui ? Un choix ne serait-il pas pleinement

justifié par le fait que Perelman lui-même n'a cessé de critiquer vigoureusement les thèses de Kelsen. Un tel flottement temporel affecte également, plus ou moins fortement, les trois modèles de la modernité (cf. le statut ambigu de Delisle dans le chapitre VI).

Faut-il considérer que la succession temporelle des modèles ne serait pas incompatible avec des cas de chevauchements ou de recoupements. Une même époque verrait ainsi se déployer deux modèles en même temps. Modèle philologique et modèle sociologique ; modèle normativiste *et* modèle pragmatique ? Mais une telle situation ne mettra-t-elle complètement en échec le caractère matriciel d'un modèle donné et sa lecture discontinuiste ? Ou alors faudrait-il identifier un méta-modèle qui viendrait commander à son tour ses déclinaisons que seraient, par exemple, les modèles philologique *et* sociologiques ?

Assez loin de ces obsessions d'historien que hantent l'anachronisme et la précision chronologique, il me semble que Benoit Frydman a, en réalité, dans *Le sens des lois*, opté pour une conception du temps qui ne condamne pas sa reconstruction historique à un scepticisme dévastateur. Les modèles s'ordonnent non pas à partir de *propriétés* temporelles précises (à commencer par des dates identifiées) mais à partir de *relations* temporelles, sans référence à l'instant présent⁸. Pour le dire autrement, les modèles se caractérisent moins par le fait qu'ils auraient la propriété d'être passé, présent ou futur (chronologie) que de se situer dans des relations d'antériorité, de postériorité, voire de simultanéité les uns par rapport aux autres. D'où l'utilisation récurrente de marqueurs, comme le couple ancien/moderne, qui ne sont pas des datations mais des relations. L'historien pourrait sans doute regretter un tel choix mais il n'en demeure pas moins une manière fort légitime et commune de décrire une collection d'événements. Sur ce point encore, comme sur bien d'autres, Benoit Frydman a su démontrer l'extrême cohérence d'un projet intellectuel qui ne laisse jamais indifférent l'historien du droit.

⁸ La conception du temps chez Benoit Frydman peut être rapprochée de la « théorie B » telle qu'elle est définie par John M. E. McTaggart dans son célèbre texte : « The Unreality of Time », *Mind*, 17, 1908, p. 457-73.

RÉPONSES DE L'AUTEUR

Benoît FRYDMAN

Professeur ordinaire à la Faculté de droit
Université libre de Bruxelles

Je suis très heureux qu'**Aldo Schiavone** se soit penché sur mon travail, mais également désolé de « la souffrance », comme il l'écrit lui-même à trois reprises, que la lecture du livre et en particulier du premier chapitre lui a causée. Le motif en est l'absence quasi-totale des juristes romains, de même que des romanistes contemporains. Or, comme écrit M. Schiavone, « la pensée juridique romaine – toute la pensée juridique romaine – ne naît pas autrement que comme une longue et consciente activité d'interprétation ». Et de rappeler les interprétations données par les jurisconsultes à la loi des XII tables, aux *leges publicae*, à la *lex Aquilia*, etc., en citant au passage quelques formules clés si caractéristiques du génie des jurisconsultes romains au sujet de l'interprétation et de la solution des cas. Mon silence sur ces œuvres, leurs auteurs et leurs commentateurs est interprété par Aldo Schiavone comme le signe de la crise de la discipline du droit romain au XX^e siècle, allant jusqu'à y voir l'échec des romanistes contemporains à transmettre, au-delà du cercle étroit des spécialistes, la tradition fondatrice du droit romain aux juristes actuels.

Je voudrais ici rassurer Aldo Schiavone et tenter d'apaiser quelque peu cette souffrance que l'on sent très sincère. Il est incontestable que je ne suis pas romaniste, pas plus que talmudiste d'ailleurs, ni spécialiste de la patrologie chrétienne ou de la scolastique médiévale. Cependant, comme beaucoup de non-romanistes, j'ai lu les travaux passionnants de Yan Thomas, de même que ce grand livre qu'est *Ius. L'invention du droit en Occident*¹. Contrairement à l'angoisse exprimée par M. Schiavone, ces travaux ont opéré un véritable renouveau de la tradition romaniste et transmis aux juristes et professeurs de droit

¹ A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008.

une conception profondément modifiée par rapport à la représentation scolaire qu'ils s'en étaient donnée. S'il est incontestable que la place donnée à l'enseignement du droit romain dans les études de droit a connu un recul très considérable au cours du XX^e siècle, souvent jusqu'à sa disparition pure et simple du programme général, ce recul a paradoxalement peut-être conduit la recherche en droit romain sur des pistes plus audacieuses, que les érudits n'avaient pas encore explorées jusqu'ici.

Mais venons-en au fait. Il est exact qu'il n'est pas traité dans *Le sens des lois* des interprétations des juristes romains, pas plus d'ailleurs que des interprétations des juristes issus des mondes juif et islamique, ni de celles des juristes modernes et contemporains. Reconstituer les méthodes des juristes au départ de leurs pratiques ou de la doctrine apporterait certainement des informations importantes, même si la tâche apparaît pour l'instant encore extrêmement ambitieuse pour ne pas dire impossible au regard du *corpus* immense à analyser, y compris en se servant des technologies de l'information et de ce qu'on appelle « l'intelligence artificielle ».

Toutefois, tel n'est pas l'objet de mon livre. Comme j'ai essayé de l'expliquer dès l'introduction et de m'y tenir au fil des chapitres successifs, le projet consiste à rendre compte non des pratiques mais des modèles d'interprétation, tels qu'ils ont été théorisés lors des périodes successives, souvent d'ailleurs dans le cadre d'autres disciplines que le droit. Or, comme le confirme M. Schiavone, les jurisconsultes romains n'ont laissé aucun traité de l'interprétation. La thèse du premier chapitre est que le modèle de la discussion contradictoire et argumentée des cas a été dessiné et travaillé non pas dans les écrits juridiques, mais bien dans les traités de rhétorique que nous ont laissés les auteurs grecs et latins. Ce sont donc ces traités plutôt que les opinions des jurisconsultes qui sont analysés dans ce premier chapitre intitulé sans ambiguïté « le modèle rhétorique ».

À la fin de son texte, Aldo Schiavone évoque plus brièvement un autre point important relatif cette fois aux tentatives des Modernes de construire ou reconstruire une science du droit, conforme aux réquisits de la science de leur époque. « Eh bien, cette science, quand elle se référait au droit, était entièrement construite sur des matériaux et des catégories romaines », écrit-il. Il est tout à fait exact de souligner ainsi la permanence du droit romain et en particulier de ses

sources dans l'élaboration des modèles d'interprétation, y compris chez les Modernes. C'est certainement vrai pour les tenants du modèle géométrique aux XVII^e et XVIII^e siècle, tant au niveau des systèmes de droit naturel, qui prétendent se détourner des règles arbitraires, mais considèrent le droit romain comme la meilleure approximation de la raison, que de la construction des ordres juridiques positifs, comme Leibniz donne à le voir de manière remarquable. C'est encore vrai pour l'École historique du droit de Savigny et consorts au XIX^e siècle, où le droit romain constitue encore le « droit commun » d'un pays qui n'existe pas encore et n'aura son Code civil au premier jour du XX^e siècle. Et l'on ne manquera pas de noter que Jhering, qui est considéré comme le précurseur du modèle sociologique du droit, était avant tout un romaniste.

La même remarque vaut pour la Bible, dont le texte et le statut constituent la base de l'élaboration non seulement du modèle talmudique, mais également du modèle scolastique de l'interprétation des autorités authentiques, mais dont l'influence se prolonge bien au-delà chez les Modernes, y compris parmi les laïcs. C'est ainsi que Hobbes et Spinoza retournent aux textes bibliques, pour des raisons toutes pragmatiques d'ailleurs, pour mettre au point les bases de la critique moderne des textes. Et notons aussi que Schleiermacher, le principal théoricien du modèle philologique de l'interprétation au XIX^e siècle, avec son *Herméneutique générale*, est d'abord et avant tout un théologien.

Cette prégnance des deux *corpus* les plus anciens et fondateurs de la tradition culturelle et juridique occidentale est particulièrement frappante. Aussi convient-elle bien à la logique même de l'interprétation qui consiste à faire parler un texte qui, par l'autorité qui lui est reconnue, notamment par son origine lointaine ou surhumaine, bénéficie d'une prétention forte à la vérité, par des textes nouveaux qui ont vocation à s'abriter sous son autorité pour lui faire dire des choses nouvelles. Cependant, il faut bien veiller à ne pas sombrer naïvement dans le présupposé de ce jeu de langage qu'est l'interprétation en croyant que les propos nouveaux sont réellement présents, au moins en germe, dans le texte sollicité.

Pour le dire plus concrètement, ce n'est pas parce que Spinoza recourt à la Bible pour mettre au point sa méthode critique ou que

Leibniz utilise le droit romain pour tenter de construire son système juridique que les modèles géométrique et philologique modernes de l'interprétation puissent, en quoi que ce soit, être imputés aux jurisconsultes romains ou aux écrits bibliques. Leur statut est tout autre : ils servent de support ou de banc d'essai à l'établissement du nouveau modèle qui d'ailleurs, comme dans le cas de la lecture de la Bible par Hobbes et Spinoza, peut avoir comme objet de détruire leur autorité.

Xavier Prévost évoque une autre absence importante, qui éclipse toute une période cette fois : la Renaissance. *Le sens des lois* passe quasiment sous silence l'humanisme juridique au XVI^e siècle, de même d'ailleurs que la seconde scolastique et l'École de Salamanque. L'œuvre des humanistes de la Renaissance est évacuée en un seul paragraphe qui indique leur rupture avec la scolastique, sans s'émanciper pour autant, comme le fera le modèle géométrique, de l'attachement aux textes. Du coup, la Renaissance apparaît, comme c'est généralement le cas dans la littérature, comme une période de transition. Or l'étude approfondie de cette période, à laquelle se livre Xavier Prévost dans son travail de recherche, montre qu'il n'en est rien. Au contraire, la rupture de la science moderne avec la pensée médiévale s'opère dans certains travaux des humanistes du XVI^e siècle. Il faut ainsi remonter non à Spinoza mais à Cujas pour voir posées les bases de la critique moderne des textes, comme M. Prévost l'a démontré dans la thèse remarquable qu'il a consacrée à cet auteur². Il fait de même remonter le projet et les premières réalisations d'une systématisation abstraite des règles de droit à un autre courant de l'humanisme juridique, représenté notamment par Doneau. C'est donc au XVI^e et non au XVII^e siècle qu'il faudrait situer le moment décisif de la rupture.

Au vu du dossier très clairement exposé par Xavier Prévost et de ses travaux qui le nourrissent, je ne peux que plaider coupable. L'absence de la Renaissance dans *Le sens des lois* apparaît rétrospectivement comme une solution de facilité, due à l'insuffisance de mes connaissances et de mes recherches, mais qui ne peut se justifier.

² X. Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590), jurisconsulte humaniste*, Droz, 2015.

Aurait-il fallu pour autant consacrer un chapitre spécifique à un modèle d'interprétation humaniste ? Je ne le crois pas au regard des choix de méthode qui se traduisent dans la structure du livre. Les modèles de l'interprétation et de la raison juridique ne sont pas traités au moment de leur invention ni de leur première formulation, mais bien, selon un critère pragmatique, dans la période où ils deviennent prépondérants dans la culture et les pratiques juridiques. C'est ainsi que le modèle philologique de la critique moderne des textes n'est pas exposé au XVII^e mais bien au XIX^e lorsqu'il triomphe avec la domination de l'histoire et de la philologie et, au sein de la discipline juridique, avec le triomphe de l'École historique du droit allemand et le modèle français dit de « l'Exégèse », avec les commentaires monumentaux du Code civil. Le *Traité théologico-politique* de Spinoza y est traité à la manière d'un *flash back*, même si on a compris à présent qu'il aurait fallu remonter celui-ci plus tôt encore avec Cujas. Il serait d'ailleurs difficile de procéder autrement de manière efficace dès lors que l'érudition découvrira aisément la formulation, la pratique ou des traces de telle ou telle méthode d'interprétation bien avant le moment où elle devient la *doxa*. Ainsi, Xavier Prévost fait remonter le projet de construction systématique du droit au courant humaniste, représenté par Doneau et ses aînés.

Mais que penser alors du *Mishne Tora* de Maïmonide³ qui rompt avec le modèle des codes-compilations du Moyen-âge, de même qu'avec la logique du commentaire et de la controverse, pour produire, en plein XII^e siècle, un code apodictique des 613 commandements de la Bible qu'il reformule à la manière des précurseurs du Code civil ? Et sans se donner trop de peines, les chercheurs dévoileront qu'il existe des entreprises systématiques plus anciennes encore, y compris dans l'Antiquité, autour du principe d'*oeconomia* notamment.

Une chose est d'inventer une technique et de la pratiquer, une autre de voir s'imposer un modèle d'interprétation. Comme j'ai tenté de le montrer dans *Le sens des lois*, un modèle de la raison juridique comprend et dépasse de beaucoup la pratique de certaines techniques ou stratégies de traitement des textes, des questions et des cas. Elle implique une vision du droit, qui charrie avec elle des

³ B. Frydman, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruylant, 2011, § 77, p. 171-172.

conceptions métaphysique, politique et épistémologique qui se cristallisent et impriment leur force à un moment donné.

Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut que se réjouir du regain d'intérêt dont bénéficient aujourd'hui les travaux juridiques de la Renaissance et du projet de Xavier Prévost qui vise à réinterpréter cette période comme une rupture majeure plutôt qu'une transition. Il est tout à fait possible que les recherches et les découvertes en cours obligent à remodeler les étapes de l'histoire des idées juridiques, telles qu'elles ont été proposées notamment dans *Le sens des lois*.

Dans son intervention, **David Soldoni** prend la défense du normativisme de Kelsen et Hart dont il estime, à juste titre, que *Le sens des lois* « dresse un bilan particulièrement critique ». Je lui suis reconnaissant de relancer et surtout de renouveler les termes et les arguments du long débat qui n'a cessé d'opposer certains membres de l'École de Bruxelles à Kelsen et dans une moindre mesure à Hart.

L'encre de la 1^{ère} édition allemande de la *Reine Rechtslehre* (1934) avait à peine fini de sécher que Georges Cornil, le titulaire de la chaire des Pandectes à l'ULB, spécialiste du contrat de travail et ami d'Edouard Lambert, en publiait un compte rendu aux allures de réfutation dans la *Revue de droit international et de législation comparée*⁴. Après la guerre, Perelman reprend le flambeau et prend Kelsen pour cible principale : « Ce que l'on peut attendre de toute science digne de ce nom, écrit-il au sujet du normativisme, est qu'elle ne déforme pas son objet sous prétexte de l'étudier d'une façon scientifique »⁵. Norberto Bobbio, que David Soldoni convoque avec raison dans ce débat, y joue en effet un rôle charnière à la fois comme brillant représentant du normativisme et en tant que collaborateur significatif à l'œuvre collective de l'École de Bruxelles⁶. Son article

⁴ « Notice bibliographique sur : Hans Kelsen, « *Reine Rechtslehre* », *Revue de droit International et de Législation Comparée*, 1935, p. 199-202.

⁵ « Science du droit et jurisprudence », exposé fait à la Faculté de Droit de Paris, le 29 avril 1969, repris dans Ch. Perelman, *Éthique et droit*, éd. de l'ULB, 1990, p. 488 et s., spéc. p. 490.

⁶ Sur le rôle de Bobbio et plus généralement les travaux collectifs de l'École de Bruxelles, cf. B. Frydman, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique », *Le droit selon l'École de Bruxelles* (B. Frydman et G. Lewkowicz dir.), éd. de l'ULB, 2022 (à paraître).

« Perelman et Kelsen », republié à plusieurs reprises, constitue d'ailleurs une référence en la matière⁷. Les développements du *Sens des lois* s'inscrivent donc dans la ligne d'une longue tradition. Cependant, il est clair qu'il ne suffit pas de répéter constamment la même chose pour avoir raison !

David Soldoni résume en trois points les critiques qui seraient généralement adressées au normativisme, au-delà de mes propos. Le normativisme aurait échoué historiquement après la seconde guerre mondiale. Il porterait une responsabilité morale dans l'installation des régimes totalitaires. Enfin, il subirait une crise fonctionnelle et existentielle en raison de l'impuissance à laquelle il réduit ses adeptes. David Soldoni s'emploie à réfuter ces trois critiques.

Il faut d'emblée lui donner raison sur les deux premières. Il est absolument clair que le positivisme logique occupe une position absolument dominante dans l'après-guerre tant dans la tradition continentale avec Kelsen, Bobbio en Italie et Troper en France, que dans le monde de la *common law* avec Hart. Il est tout aussi incontestable qu'il s'impose durablement dans la France de la V^e République. La majorité des centres de recherche en philosophie et théorie du droit demeurent d'ailleurs jusqu'à aujourd'hui d'obédience normativiste.

Face au normativisme, les réactions jusnaturalistes suscitées par les atrocités des régimes fascistes n'impriment pas véritablement. Le jusnaturalisme poursuit en réalité son long déclin. Quant aux approches anti-positivistes fondées sur la réhabilitation de la raison pratique, notamment sur la base de l'argumentation et de l'interprétation, elles sont ultra-minoritaires dans les années 1950 et 60. Tel est le cas en particulier pour Perelman et les travaux collectifs de l'École de Bruxelles. Cela vaut non seulement pour la théorie du droit, mais de manière générale pour l'épistémologie où le positivisme logique occupe le haut du pavé contre les anti-formalistes. Ce n'est que progressivement que le *Traité de l'argumentation* de Perelman et Olbrechts-Tyteca (1958) et le renouveau de la rhétorique conquièrent du terrain, bientôt suivis de l'herméneutique de Gadamer (1960), de la succession de Hart par

⁷ N. Bobbio, « Perelman et Kelsen », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaim Perelman* (G. Haarscher et L. Ingber éd.), Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 161-174 ; A. Mercer (trad.), *Droits*, 2001, p. 165-180.

Dworkin à la chaire de jurisprudence d'Oxford (1969) et de l'agir communicationnel de Habermas (1981), pour donner ici quelques jalons de base.

Ce courant connaîtra dans ses variantes tant herméneutique qu'argumentative son heure de gloire pendant la décennie qui sépare la chute du mur de Berlin de celle des tours du *World Trade Center* où la philosophie du droit, notamment celle de Habermas dans *Entre faits et normes* (1992) ou en France *Le juste* (1995-2001) de Paul Ricoeur, triomphe et semble s'imposer à l'ensemble du champ pratique, y compris à une philosophie politique suspendue un moment à la fin de l'histoire. Triomphe illusoire et de courte durée puisque la période est travaillée à la fois par les bouleversements de la globalisation et de l'Internet et par le modèle managérial de la raison néolibérale. L'oiseau de Minerve n'a pas encore pris son envol que l'époque a déjà basculé.

Je ne suis pas d'accord avec David Soldini lorsqu'il fait de Habermas un auteur qui tenterait de concilier le positivisme normativiste avec le réalisme (autre nom du pragmatisme). Dans *Entre faits et normes*, Habermas tire les conséquences de son débat constructif avec Gadamer et se rallie à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle de Dworkin, elle-même largement influencée par ce débat. Dès *Connaissance et intérêt* (1968), il avait déjà condamné l'erreur du positivisme dans le champ pratique consistant à mimer la méthodologie des sciences de la nature et s'était rallié à une raison pratique fondée sur la recherche de l'accord. Tous les auteurs que nous venons de mentionner partagent l'idée qu'une raison pratique est possible, à savoir que l'exercice de la raison, critique, dialectique, herméneutique ou autre, peut soutenir la prétention de trouver une solution juste aux questions pratiques en général et juridiques en particulier. Or le positivisme logique le conteste radicalement. Le scepticisme éthique constitue une proposition fondamentale du positivisme logique dès l'origine de l'École de Vienne avec Carnap notamment. Comme on sait, selon Kelsen, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté, qui trouve sa validité, non dans son contenu, mais dans la délégation de pouvoir que la constitution donne aux juges de trancher les cas singuliers. De même, la *no right answer* de Hart sur la solution des cas difficiles s'inspire très

directement des théories du second Wittgenstein, qui conteste la notion même d'interprétation.

Ce qui nous conduit à la critique de la responsabilité morale du positivisme logique qui aurait contribué à légitimer les entreprises totalitaires. Ici, je suis d'accord avec David Soldoni. Cette critique n'est pas plus acceptable que celle qui prétend imputer la responsabilité du nazisme à Nietzsche. Les responsables des actes sont ceux qui les commettent et ceux sous l'autorité desquels ils sont exécutés. Le reproche est d'autant plus injuste à l'égard de Kelsen qu'il est sinon le seul du moins le principal juriste à avoir combattu fermement la théorie du chef du juriste nazi Carl Schmitt et pas seulement sur l'importante question de la Cour constitutionnelle. Expulsé de son poste de professeur à Cologne par les nazis lors de leur accession au pouvoir, il demeura leur ennemi implacable et fut un ardent défenseur de la démocratie.

Ce que Perelman et plus modestement moi-même reprochons aux normativistes, ce n'est pas de porter une responsabilité dans la légitimation de régimes totalitaires, mais bien de laisser leurs adversaires à court de moyens et d'arguments pour lutter contre eux sur le terrain juridique. Ce point rejoint la 3^e critique que David Soldini qualifie de « crise fonctionnelle et existentielle » du positivisme logique.

À quoi sert la théorie normativiste ? Que nous apprend-elle sur le droit ? Certes, comme nous le rappelle M. Soldoni, elle prétend à la science au motif qu'elle (seule) serait menée selon une méthode scientifique. Si tel est le cas, elle doit donc produire des thèses falsifiables par l'expérience. Est-ce bien le cas ? Une thèse majeure du normativisme et la plus largement reçue est que les normes n'existent pas de manière isolée mais toujours nécessairement dans le cadre d'un système. Or tant l'étude historique, qui met en évidence le caractère tardif et contingent du concept de système juridique, que l'expérience empirique, qui offre d'innombrables situations où les comportements se règlent par des normes isolées, des promesses par exemple, des injonctions ponctuelles, un compromis provisoire, démentent ce postulat. Sauf, nous rétorquera-t-on, si on identifie, comme le pose Kelsen, le droit à l'État ou, chez Hart, à un système articulé entre normes primaires et secondaires, mais nous tombons là dans la pétition de principe. La théorie du droit se réduit dans ce

cas à une théorie de l'État (contemporain) et de son appareil de production et d'application des normes. Or ce qui vaut pour l'ordre ou le système juridique vaut pour l'État. Ils sont nés en même temps et partagent la même relativité historique. De même, l'observation des normes juridiques contemporaines, que chacun peut faire, révèle des quantités impressionnantes de normes juridiques qui ne sont pas produites par les États, mais en dehors, en deçà et au-delà de lui. Quant à l'argument des normativistes, qui prétend que toutes ces normes ne valent que par la délégation ou la garantie de l'État, c'est manifestement faux, y compris si on réduit le droit à la sanction. C'est surtout un argument artificiel qui suppose à nouveau ce qu'il faudrait d'abord démontrer.

Plus fondamentalement, comment la prétention à la science du normativisme s'accommode-t-elle de la séparation, prononcée par Kelsen, du monde de l'être (*Sein*) avec un autre monde, celui du devoir-être (*Sollen*), où évolueraient les normes juridiques. Cette métaphysique dualiste, qui rappelle Platon davantage que Kant, est-elle véritablement compatible avec la méthode de la science moderne, à laquelle les normativistes se réfèrent pourtant, qui prétend se cantonner à l'étude des phénomènes observables dans le monde réel ? Certes, la pensée de Kelsen évoluera vers une prise en compte de plus en plus forte de l'effectivité des normes, c'est-à-dire des effets que celles-ci produisent ou non sur le comportement des acteurs, la société, l'État, bref le monde de l'expérience. Mais alors comment observer, mesurer, évaluer ces effets, sans renoncer à la pureté de la théorie normativiste du droit ?

J'accorderai cependant à David Soldini qu'on ne fait pas avancer la connaissance du droit à coups de paradigmes généraux. Même si la lecture du *Sens des lois* a pu, par son objet même, lui donner l'impression, d'ailleurs exacte, que je prône le modèle pragmatique de préférence au normativisme, je m'accorde avec lui et avec la citation qu'il donne de Norberto Bobbio : « la science moderne naît de la recherche patiente de petits domaines d'étude, de l'abandon des intuitions générales, de la substitution graduelle des visions universelles gratuites par des vérités partielles contrôlées ».

Il ne faut pas surestimer le rôle des théories, qui peuvent rendre compte de l'histoire, de l'évolution et de la confrontation des modèles, mais dont il ne faut attendre aucune découverte, sinon celle

qu'apporte le décillement d'un regard réflexif et dans le meilleur des cas critique. En aucun cas, la théorie ne peut remplacer le travail minutieux d'observation et d'analyse ni en faire l'économie. C'est à ce type de recherches partielles que nous nous sommes attelés avec l'équipe du Centre Perelman depuis vingt ans sur les différents « chantiers » et « objets » du droit global, ce champ contemporain plus saturé en théorie qu'en études de cas, dont il sera traité dans le prochain dialogue.

Il n'est donc pas question pour moi de contester l'attitude du chercheur qui privilégie l'observation à distance des phénomènes juridiques pour les analyser et les comprendre. C'est là une attitude très fréquente chez les scientifiques comme chez les juristes et qui correspond à la psychologie ou à l'anthropologie spécifique de ceux qui entretiennent avec le monde un rapport principalement dicté par le désir de savoir. Pour autant, je ne suis pas d'accord avec David Soldoni lorsqu'il sépare les juristes « en deux catégories parfaitement distinctes » et qui doivent impérativement le rester au nom du principe de neutralité scientifique : d'une part « le juriste observateur », qui parce qu'il ne prend ni part ni partie à l'action est seul à réaliser un travail scientifique ; d'autre part, « le juriste acteur », qu'il soit praticien ou même académique, qui renonce à la science dès lors qu'il s'emploie à influencer les normes juridiques.

Pareille distinction n'est pas possible car, dans les questions pratiques en général et juridiques en particulier, où il s'agit de décider ce qu'il faut faire, nous sommes tous forcément engagés comme participants. L'attitude de neutralité axiologique, qui refuse de se prononcer et de s'engager, n'en est pas moins une attitude éthique, que l'on pourra reprocher et que l'on a reprochée aux normativistes, comme David Soldoni l'a rappelé. Ensuite, cette distinction condamne à la stérilité comme tous les dualismes entre la théorie et la pratique, la pensée et l'action, l'être et le devoir être et même le droit naturel (idéal) et le droit positif (réel). Certes, réfléchir et agir sont deux choses différentes, mais elles sont indissociablement liées dès lors que, comme Dewey s'est attaché à le montrer par de multiples exemples, à commencer par celui de l'enfant qui approche sa main du feu, la pensée se nourrit de l'expérience pour informer les décisions futures dans un cercle vertueux sans autre fin que la mort. Pourquoi cesserions-nous de penser et de penser bien, vrai ou

juste, dès lors qu'on agit ? C'est tout le contraire ! Et tout particulièrement dans le domaine de la pratique, puisque les normes ne sont que le produit de constructions toujours en cours de la manière dont nous vivons ensemble.

L'analyse proposée par **Jean-Yves Chérot** porte également sur un chapitre absent du *Sens des lois*, le chapitre X relatif au nouveau modèle de rationalité juridique émergent dans le contexte contemporain de la société numérique à l'âge global. Comme il le note, j'ai moi-même annoncé un tel chapitre dans la préface à la 3^e édition de l'ouvrage parue en 2011, tout en indiquant que sa rédaction était prématurée, la priorité revenant à la multiplication des travaux empiriques sur des objets, problèmes et secteurs limités. On assiste depuis une vingtaine d'années à une surproduction théorique dans le domaine spatial de la globalisation du droit, qui a supplanté comme thème de prédilection le modèle temporel de son interprétation. Comme souvent dans la pensée humaine, ainsi que le notait Claude Lévi-Strauss, la spéculation excède de beaucoup les acquis de l'expérience. Certaines des théories en concurrence, qui partagent d'ailleurs souvent les mêmes exemples, opèrent un recyclage de courants bien installés avant les nouvelles données dont elles prétendent rendre compte. Or, si le droit global, quel que soit le nom qu'on souhaitera lui donner, représente véritablement un modèle nouveau de la rationalité juridique, ce que je pense, alors la construction de ce modèle ne peut se concevoir qu'au départ de la multiplication des observations et des analyses des nouveaux dispositifs et instruments qui sont mis en œuvre dans la pratique ultra-contemporaine du droit. Pour autant, il s'agira bien d'en induire dès que possible un modèle et des lignes de force qui permettront de mieux orienter les analyses ultérieures, mais aussi et surtout les décisions et les actions dans la lutte actuelle pour le droit.

Deux facteurs clés me paraissent conditionner les évolutions en cours et d'ailleurs largement opérationnelles aujourd'hui. D'une part, la faculté des acteurs à s'extraire de la juridiction de l'État, ce qui ne signe pas automatiquement le déclin irrémédiable de celui-ci, mais implique en tout cas la remise en cause du concept de souveraineté et du rôle central qu'il occupe dans la philosophie et la théorie du droit depuis le XIX^e siècle. La question posée à l'ingénierie juridique,

y compris aux services de l'État, devient : comment réguler efficacement dans un environnement non-souverain ? Le deuxième facteur tient à la révolution technologique des sciences de l'information et de la communication. Celle-ci oriente de manière décisive les réponses apportées à cette question par la mise au point et le développement rapide de la gouvernance numérique par les données, basées sur des instruments de collecte systématique de celles-ci, leur évaluation par des *benchmarks*, qui tendent à remplacer les règles, et leur exécution automatique par le moyen de dispositifs algorithmiques. Bien entendu, la révolution industrielle globale induite par cette évolution technologique, dans un contexte de ressources naturelles limitées, et les conséquences sociales et écologiques qu'elle produit déterminent l'évolution de la société et des conflits en son sein, que les dispositifs normatifs ont vocation à réguler.

J'ai été, il faut bien l'avouer, assez sidéré de l'analyse proposée par Jean-Yves Chérot de mes travaux, qui dénote non seulement une connaissance très précise de ceux-ci, qui m'honore beaucoup, mais également une compréhension profonde de ma trajectoire personnelle et de l'évolution de mes projets, que la relation de longue date et l'amitié sincère qui nous lie ne suffit pas à expliquer. Jean-Yves Chérot réalise à mon égard le but de l'interprétation selon les philologues du XIX^e siècle : comprendre un auteur aussi bien et même mieux qu'il ne s'est compris lui-même. Il m'a « deviné » pour reprendre une autre expression favorite de nos philologues. Il en résulte que je n'ai rien à redire et pas grand-chose à ajouter à son texte. D'autant, qu'il a bien voulu déjà m'y donner la parole en citant plusieurs extraits d'un de mes écrits. Ce texte sur les théories pragmatiques du droit global était destiné à figurer dans un ouvrage sur les théories du droit global, qui malheureusement a été abandonné. Il est donc vraisemblable qu'il demeure inédit et je remercie Jean-Yves Chérot d'en avoir ainsi sauvé quelques passages.

Je me limiterai à ajouter quelques informations complémentaires à deux éléments étudiés par Jean-Yves Chérot : d'une part, la dualité convergente des projets du *Sens des lois* et du droit global ; d'autre part, la proximité et la distance des travaux sur le droit global par rapport aux travaux de Perelman et de l'École de Bruxelles sur l'argumentation juridique.

Jean-Yves Chérot relève que mes recherches sur le droit global « sont – au moins au départ – de nature très différente de celles menées pour l'écriture de l'ouvrage *Le sens des lois* ». Il a d'autant plus raison que ces recherches ont été entamées en contrepoint de mon travail sur l'interprétation. Tandis que je me prélassais dans les délices de la philosophie et de l'herméneutique, j'ai presque aussitôt ressenti une sorte d'injonction tenace à travailler simultanément sur le droit positif contemporain. D'où me venait cette injonction ? Aujourd'hui, je dirais : probablement de la formation très pragmatique que j'avais reçue de mes maîtres à l'université et au barreau, selon la culture de l'École de Bruxelles. Mais je n'en avais aucune idée à l'époque. Pour lui donner sens, je me contentais de la belle phrase de Sartre selon laquelle « il faut penser contre soi-même ». Si bien que peu après avoir commencé (tardivement) ma thèse de doctorat, je débutai en 1995 un séminaire transdisciplinaire dont j'avais reçu la charge par un cycle sur « les conséquences de la globalisation sur le droit ». Le sujet alors, je dois bien l'avouer, me déplaisait. Il me contraignait (en fait, je me contraignais) à m'arracher aux ouvrages anciens des bibliothèques pour plonger dans des questions économiques, techniques et juridiques, qui me paraissaient à la fois compliquées et fastidieuses et auxquelles j'ignorais franchement comment donner sens. Finalement, comme l'indique Jean-Yves Chérot, je me concentrai sur l'Internet, d'abord pour répondre à une sollicitation du Jeune barreau de Bruxelles⁸, puis dans le cadre d'un post-doc conjoint avec Isabelle Rorive à l'Université d'Oxford, où l'étude comparée de cas foisonnants et passionnants offrait un contraste, cette fois bienvenu, avec le long travail de la thèse.

À partir de là, la recherche prit un tour collectif au sein du Centre Perelman, allant son chemin d'un chantier à l'autre comme l'a décrit Jean-Yves Chérot, sans faire encore de lien avec les modèles d'interprétation comme le montre la structure du *Sens des lois* qui ne souffle mot de la globalisation avant la préface précitée de 2011. Il aura fallu plus de dix années à approfondir nos différents chantiers pour que nous dégagions progressivement une réflexion tant soit peu structurée sur les dispositifs juridiques et normatifs émergents dans

⁸ B. Frydman, « Quel droit pour l'Internet ? », *Internet sous le regard du droit*, Actes du colloque du 30 octobre 1997, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p. 279-316.

l'espace non souverain et prenions un peu de recul réflexif sur notre propre démarche. Comme l'indique justement Jean-Yves Chérot, le travail du *Sens des lois* nous était cependant utile pour nous émanciper de certains concepts non opératoires dans notre nouveau champ comme ceux d'ordre juridique et de sources formelles du droit.

Nous acquérions progressivement la certitude que la « globalisation », souvent considérée à l'époque comme un événement plutôt qu'un concept ou pire encore comme un phénomène de mode, annonçait en réalité, comme il apparaît évident aujourd'hui, une phase de transformation majeure de la société, dont le « droit global » constituait le versant normatif et régulateur. Ce droit global pourrait probablement prétendre au titre de modèle dans la mesure où il n'affecte pas uniquement ni même principalement le contenu des normes, mais bien les types de dispositifs les moins inefficaces pour orienter les comportements dans cet environnement non souverain, de même que la manière de penser et de faire le droit et de lutter pour la reconnaissance et la mise en œuvre des droits. Ainsi, je constatais que les travaux empiriques sur certains chantiers du droit global avaient vocation à recevoir un prolongement dans les modèles de la raison juridique, avec un étonnement semblable à celui de Marcel lorsqu'il réalise à la fin de la *Recherche* que les côtes de Guermantes et de Méséglise se touchent et se rejoignent.

Jean-Yves Chérot, même s'il se déclare finalement convaincu de la proximité des approches, signale également « la distance [qui] semble [...] considérable » entre les travaux de l'École de Bruxelles sur l'argumentation juridique réalisés par Perelman et ses collègues juristes et ceux menés sur les normativités globales actuellement au sein du Centre Perelman, qui se revendiquent pourtant de leur héritage. Il faut d'abord préciser, de la même façon que je viens de le faire sur le premier point, qu'en débutant les chantiers sur le droit global, je n'avais absolument pas le projet ni même conscience d'appliquer ou de transposer la méthode pragmatique chère à l'École de Bruxelles. De fait, je ne me posais pas la question. Il faut bien l'avouer aucune réflexion de méthode ne précéda ces recherches qui ne prirent que progressivement l'allure d'un projet. Je me contentais d'abord d'étudier les cas et les situations comme j'avais été formé à le faire, à ceci près que les objets et les difficultés rencontrés sur le chemin obligeaient constamment à innover dans les procédés et par-

dessus tout à garder l'esprit le plus ouvert possible et attentif à tout ce qui pouvait se manifester, sans trier trop vite, suivant les critères acquis, ce qui était juridiquement pertinent de ce qui pouvait être ignoré voire écarté.

Ce n'est que plusieurs années plus tard que cette réflexion débuta, sous la pression des doctorants et des plus jeunes membres de l'équipe qui souhaitaient voir précisé, si possible en une liste de directives claires, en quoi consistait ce que je m'étais mis à nommer notre « approche pragmatique » des normativités émergentes. Cette réflexion consista d'abord à confronter les principales théories et les méthodes proposées par celles et ceux qui, comme nous, s'attachaient à rendre compte des phénomènes juridiques mondiaux. Ce n'est toutefois qu'à partir de 2013 que, sur la suggestion initiale de Gregory Lewkowicz, nous nous sommes penchés sur l'histoire, les travaux et les méthodes de l'École de Bruxelles, depuis l'apparition de ce vocable à la fin du XIX^e siècle jusqu'aux travaux de la génération de Perelman.

Ces travaux ont pris une importance et une durée beaucoup plus considérables qu'envisagés au départ. En réalité, elle s'achève à peine avec la publication, aux éditions de l'ULB, d'un coffret de deux volumes consacrés respectivement à *La naissance de l'École de Bruxelles* et au *Droit selon l'École de Bruxelles*. Personnellement, cette recherche m'a appris énormément de choses et m'a sans aucun doute permis de mieux comprendre la tradition spécifique dont je suis issu. Elle m'a confirmé dans la conviction de prolonger, en dépit de la différence des objets, des techniques et du cadre des recherches, l'approche pragmatique caractéristique de cette École.

Tel n'est certainement pas l'avis de tout le monde. Ainsi, le spécialiste espagnol de l'argumentation juridique Manuel Atienza a, il y a quelques années, reproché à notre Centre de ne pas avoir poursuivi l'œuvre de Perelman dans le champ de l'argumentation proprement dite. Je ne pense pas, pour ma part, que cela aurait été la meilleure voie à suivre. Perelman lui-même a innové par rapport à l'œuvre de son maître, Eugène Dupréel et ce dernier avaient abandonné le positivisme de la première génération de l'École de Bruxelles pour une sociologie et une philosophie pluralistes et pragmatiques mieux adaptées à l'époque et aux questions à affronter. Il appartient à chaque génération d'innover dans les sciences et dans

les arts, de faire œuvre créatrice en phase avec l'évolution des idées et de la société elle-même. Pour une école qui se revendique du pragmatisme, c'est même un impératif catégorique. Il faut choisir ses objets en fonction des nécessités de l'heure et forger les outils adéquats pour les appréhender au mieux. De ce point de vue, il est douteux que l'analyse des ressources argumentatives des décisions de justice soit le moyen le plus adéquat de percevoir les normativités émergentes de la globalisation dans la société numérique et de comprendre leur logique. D'autant que, en presque quarante ans de travaux intensifs, on peut considérer que Perelman et ses collègues ont, sinon fait le tour, du moins tiré de leur objet et de leur méthode l'essentiel de ce que ceux-ci étaient à même de donner d'important pour réaliser leur propre projet. Reproduire à l'infini les mêmes procédés en les appliquant encore et encore aux cas nouveaux que la pratique ne cesse de produire risquait de tourner à vide. On a ainsi pu observer comment la scolastique, si novatrice et créatrice au tournant des XII^e et XIII^e siècles, s'était ensuite assez rapidement sclérosée dans un formalisme répétitif, stérile et creux, qui a très durablement entaché la réputation de celle qu'on désigne comme « l'École » par excellence.

Pour autant, quelles que soient les relations que l'on peut tracer entre les modèles d'interprétation, les instruments du droit global et la méthode pragmatique de l'École de Bruxelles, il ne faut pas se leurrer sur la nature et les limites de l'entreprise. Comme l'a bien montré le grand penseur de l'herméneutique Wilhem Dilthey, la recherche de l'unité comme signification d'un parcours biographique est le produit d'une accumulation d'interprétations rétrospectives. Il s'agit toujours d'une reconstruction du passé depuis les perspectives du présent, comme le sont aussi d'ailleurs les modèles historiques de l'interprétation.

Nous restons dans le champ du droit global avec le texte d'**Hervé Ascensio**. Celui-ci ne se constitue pas une lecture du *Sens des lois*, mais la poursuite d'un dialogue, si nécessaire et pourtant si difficile à amorcer entre les spécialistes du droit international public et les « globalistes ». Hervé Ascensio est l'un des internationalistes les plus ouverts à ce dialogue. Il nous livre ici une contribution importante, qui mérite une lecture très attentive. Je le remercie pour sa générosité.

Le droit global, mondial, transnational, sous quelque nom qu'on lui donne, est d'emblée un concept polémique, dirigé contre le paradigme du droit international public⁹. La plupart des promoteurs du droit global remettent en cause les traits fondamentaux du paradigme internationaliste : d'une part, la limitation des sujets aux seuls États et aux organisations qu'ils constituent entre eux ; d'autre part, le principe de souveraineté sur lequel repose le modèle, qui se trouve contesté soit en termes de principe et de légitimité, soit à tout le moins dans la confrontation de cette notion avec la réalité des choses.

Si les spécialistes rapportent généralement le schéma interétatique du droit international au modèle westphalien sur le plan politique, Hervé Ascensio a raison de situer au XIX^e siècle sa construction juridique. Ce droit fondé sur la volonté et les accords de volonté des sujets de droit puise clairement ses traits caractéristiques dans le modèle historique et philologique dominant à cette période. J'ai pu montrer, dans *Le sens des lois*¹⁰, que ce modèle philologique de l'interprétation n'est pas du tout présent dans les traités de droit naturel, y compris chez Vattel. Ceux-ci ont développé, au sujet de l'interprétation des traités, une théorie de la volonté rationalisée et normalisée, qui rappelle plutôt Rousseau, dans *Le contrat social*, où comme on sait la volonté, du moins lorsqu'elle est générale, est toujours droite et ne peut errer. Du reste, les meilleurs historiens contemporains du droit international, en particulier Marti Koskenniemi, dans son *Gentle Civilizer of Nations*, sous-titré de manière significative *The Rise and Fall of International Law 1870-1960*¹¹, ont constitué à l'appui de cette thèse un dossier qui paraît décisif. De même, l'analyse lexicale montre que le néologisme benthamien du « droit international » ne s'est imposé que très progressivement au cours du XIX^e siècle aux dépens de l'expression classique « droit des gens ». En même temps que la restriction des sujets de ce droit aux seuls États souverains – à l'exclusion des colonies bien

⁹ B. Frydman, « L'émergence d'une discipline : le droit global », *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit* (F. Audren et S. Barbou des Places éd.), Paris, Lextenso, 2018, p. 331-346. Certains propos qui suivent puisent leur source dans cet article.

¹⁰ Voyez « L'interprétation des conventions dans les traités de droit naturel », § 143-156.

¹¹ Cambridge U.P., 2009.

évidemment – et de son objet au règlement des rapports qu'ils entretiennent entre eux.

Hervé Ascensio poursuit son analyse experte de manière particulièrement intéressante lorsqu'il évoque le droit international « moderne » tel qu'il se serait distingué, selon certains internationalistes, de son homologue « classique » au cours du XX^e siècle et spécialement après la seconde guerre mondiale, notamment par un certain élargissement des sujets de droit, au moins « passifs », et un assouplissement du conventionnalisme par l'introduction de notions comme le *ius cogens*, les normes impératives ou encore l'idée de patrimoine commun de l'Humanité. Hervé Ascensio exprime un certain scepticisme à ce propos, estimant que « Le droit international contemporain, ainsi complexifié, reste malgré tout marqué du sceau de l'inter-étatisme ». Il montre que ce maintien des fondamentaux ne peut s'effectuer qu'au prix d'un repli stratégique sur le droit international général, centré sur les normes secondaires, au sens de Hart, des relations entre États, du droit des organisations internationales et du droit de la guerre, même si, sur ce dernier plan, j'ajouterais que les conflits récents se situent en décalage flagrant avec les modalités et les règles du droit des conflits internationaux. Ce repli sur le noyau dur du droit interétatique a pour conséquence, note Hervé Ascensio, l'ignorance et la segmentation des droits internationaux spéciaux notamment économique et financier, environnemental et des droits de l'homme.

Que le droit international, même ainsi « modernisé », n'ait pas vocation à devenir un droit mondial ou global, c'est là une évidence logique puisque ses fondamentaux l'excluent. Comme l'écrit Hervé Ascensio, le droit international ainsi défini ne peut devenir « le droit de la société internationale ». Il reprend explicitement l'expression du grand Georges Scelle, qui osait également parler d'un « droit intersocial unifié ». Scelle lui-même a approfondi et systématisé les propositions d'un mouvement pacifiste qui se nommait les « internationalistes ». Ces internationalistes, parmi lesquels on comptera notamment Henri Lafontaine et Paul Otlet, sont en réalité des anti-nationalistes¹². Ils dénoncent les comportements prédateurs

¹² Cf. B. Frydman, « Le droit global selon l'École de Bruxelles : Histoire d'une idée centenaire », *Vers le droit global ?* (K. Benyekhlev dir.), Montréal, Themis, p. 115-147.

des puissances européennes lancés dans la course aux armements et la compétition coloniale pour la prédation des ressources naturelles. Aussi remettent-ils en cause, déjà au tournant des XIX^e et XX^e siècle, la souveraineté des États qu'ils veulent soumettre à un droit « supranational » et proposent ce que Otlet nomme en 1916 « la mondialisation » de certaines ressources naturelles. Ce modèle prend forme dans les projets de constitution d'une « société des nations » pour laquelle ils nourrissent une grande ambition, en grande partie déçue par l'organisation plus modeste qui sortira effectivement du premier conflit mondial.

Sur le plan épistémologique, les conceptions de Scelle et des internationalistes puisent, de manière non mystérieuse, leur source dans le modèle sociologique de la raison juridique. Ils en partagent les prémisses fondamentales, en particulier celle selon laquelle le droit est fondamentalement le produit des relations sociales, mais aussi l'instrument le mieux à même d'en réguler pacifiquement les conflits. Pour autant, en dépit de la haute stature de Georges Scelle, cette conception n'en a pas moins été laissée de côté par le courant majoritaire de la doctrine internationaliste, comme il l'a également été, sur le plan interne, par la doctrine continentale dominante, toutes deux repliées sur le rassurant schéma normativiste. Ce qui n'empêche que la vision sociologique du droit a conduit le développement de l'appareil politico-administratif des organisations internationales, fait majeur du XX^e siècle, au premier plan duquel l'Organisation internationale du travail, comme il a conduit celui de l'action et des institutions de l'État providence ou social dans les démocraties occidentales.

Quant à découvrir le modèle futur qui permettra selon lui de passer enfin du droit international au droit global, Hervé Ascensio propose une méthode à laquelle nous adhérons complètement :

Peut-être seulement faut-il, dans un premier temps, observer tout type de normes sociales dans l'espace global défini ci-dessus, quel que soit le statut des producteurs. Puis voir de quelle manière ces normes sont agencées en complexes de normes, comment elles migrent d'un champ à un autre, comment elles influent sur les comportements de leurs destinataires, comment elles s'insèrent dans le raisonnement des membres des professions juridiques

B. Frydman, « Paul Otlet et le droit mondial », *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruylant, 2017, p. 195-211.

et dans les habitudes institutionnelles. Pour l'heure, il est difficile de procéder autrement que par des études de cas.

Une telle méthode réserve cependant, selon nos expériences, bien des surprises. Elle permet certes de découvrir des normes « hybrides » mais dont la nature double dépasse le mélange de l'interne et de l'international pour inclure des normes techniques, managériales et autres indicateurs et algorithmes. Les internationalistes ouverts sont-ils prêts à aller jusque-là ?

Rémy Libchaber centre sa réflexion sur la réception de l'ouvrage, ou bien plutôt sa non-réception par les spécialistes et les praticiens du droit privé. Il trouve le motif de cette indifférence dans le fait que les privatistes sont dessaisis de l'activité d'élucidation du sens des règles par les juridictions qui, sous l'égide de la Cour de cassation, héritière du référé législatif, rendent lapidairement des interprétations authentiques, qu'elles ne prennent pas la peine de discuter et de justifier.

Ce constat dressé par l'un des meilleurs spécialistes du droit privé est grave. Il traduit un problème de communication qui, en l'occurrence, pose aussi une véritable difficulté politique. Pour Perelman, une telle pratique n'est pas acceptable. Dès lors que le juge n'est plus considéré comme l'exécutant aveugle d'une loi qui lui est extérieure, mais que sa décision suppose, comme c'est le cas dans l'activité d'interprétation, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, il doit en rendre compte et justifier auprès des parties, mais aussi du public, des autres pouvoirs et de la communauté des juristes savants, du bien-fondé de la solution qu'il impose¹³. La Cour de cassation n'est pas exemptée de l'obligation de motiver les décisions judiciaires. Cette motivation est la condition et le moyen du contrôle démocratique de magistrats nommés à vie, dont les arrêts ne sont pas susceptibles de recours, sauf devant une juridiction européenne dans certaines situations particulières. Même si l'arrêt jouit de l'autorité de la chose jugée pour l'espèce tranchée, la discussion de la question *de droit* et de la meilleure interprétation ne sont pas closes ni les réponses définitives. En témoignent les rares revirements de

¹³ Ch. Perelman, « Essai de synthèse », *La motivation des décisions de justice* (Ch. Perelman et P. Foriers dir.), Bruylant, 1978, spécialement p. 421-422.

jurisprudence et plus fréquemment les affinements, distinctions et discrètes retouches opérées à l'occasion des affaires suivantes ou encore l'ouverture d'autres voies, d'autres cheminements intellectuels pour résoudre le problème posé, autant de moyens qui font évoluer et parfois progresser le droit. Encore faut-il pouvoir en connaître les motifs pour en discuter les mérites.

L'idée si souvent colportée selon laquelle les décisions des juges ne pourraient être contestées, en dehors des voies de recours, ni critiquées voire discutées, constitue une offense à la raison délibérative et une atteinte à l'État de droit. Si l'autorité du pouvoir judiciaire doit être préservée, celle-ci n'est pas atteinte par la discussion et la critique des motifs sur laquelle les juges fondent leurs décisions car le caractère rationnel ou plus modestement raisonnable de celles-ci est la condition de leur légitimité et de leur acceptabilité. La théorie inverse remonte à Hobbes, qui fait du juge un délégué du *Léviathan* tranchant les affaires non par la raison mais en vertu du pouvoir que lui confère le souverain. Seulement dans cet esprit la critique du juge constitue un acte de lèse-majesté, qui doit être réprimé. La théorie kelsenienne du jugement comme acte de volonté et la *no right answer* de Hart en constituent des versions atténuées en tant qu'elles admettent que le jugement est le produit d'un certain arbitraire. Or cette conception est difficilement compatible, sur un plan normatif, avec les exigences de l'État de droit et avec les garanties du procès équitable, qui supposent que la décision qui termine le procès soit le produit d'une activité raisonnable et raisonnée, menée sur le mode du débat contradictoire.

Certes le style de la Cour de cassation est traditionnellement lapidaire. Toutefois, une tradition, aussi ancienne et élégante qu'elle se prétende, ne saurait triompher des exigences de l'État de droit démocratique quant à la manière dont les juges doivent remplir leur office. Il apparaît dès lors impératif que les cours elles-mêmes trouvent le moyen effectif de concilier leur style avec une explication de leurs décisions qui permette d'en comprendre les motifs et puisse être raisonnablement considérée comme de nature à pouvoir convaincre un auditoire informé. La publication de ce raisonnement et son évaluation dans le cadre de la discussion doctrinale sont nécessaires à la connaissance du droit et à son enseignement, mais aussi à l'entreprise de perfectionnement permanent du droit à défaut

de laquelle il n'est pas de justice digne de ce nom. À cet égard, la publication des opinions concurrentes ou minoritaires des juges, comme c'est le cas pour les juridictions de *common law*, mais aussi à la Cour européenne des droits de l'homme, loin d'affaiblir l'autorité du siège et de la profession, a pour mérite d'exhiber aux yeux de tous que les questions de droit se discutent, que la science du droit, non plus que les autres, ne s'est construite en un jour et ouvrent des pistes aux futurs plaideurs dès lors que les minorités d'aujourd'hui annoncent parfois les majorités de demain.

On comprend bien dès lors que Rémy Libchaber déplore l'absence de motivation des interprétations judiciaires et en tire des conséquences sombres. Pour autant, en bon juriste, il ne s'arrête pas à ce constat et cherche des solutions pour permettre aux plaideurs et à la doctrine de reprendre la main. Il avance à cet égard deux propositions sur lesquelles il m'interroge directement. La première consiste à concéder le terrain de l'interprétation pour limiter la discussion à l'application des règles et spécialement à la détermination de leur champ d'application. La seconde envisage s'il ne serait pas moins offensant aux yeux du législatif et de l'exécutif d'interpréter les règles de manière restrictive plutôt qu'extensive.

Les deux pistes esquissées illustrent à quel point les pouvoirs constitués de l'État continuent de peser lourdement sur l'horizon de la justice et de la raison juridique dans ce pays. Lesdits pouvoirs ne manquent d'ailleurs jamais l'occasion de rappeler qu'en France le pouvoir judiciaire n'en est pas un mais seulement une « autorité » et considèrent les juges eux-mêmes comme des fonctionnaires, ce qui me choque véritablement. Pour répondre plus précisément aux questions, en commençant par la seconde, il serait permis de penser en effet qu'une interprétation restrictive soit considérée comme moins créative et agite moins le spectre honni d'un fantomatique « gouvernement des juges ». Pour autant, il n'est pas certain que l'auteur de la loi ou du décret voit d'un bon œil la portée de son œuvre restreinte par la décision d'un tribunal. En réalité, cette question devrait faire l'objet d'investigations empiriques plutôt que d'une incertaine réponse de principe.

Quant à la distinction toute moderne entre l'application et l'interprétation, on sait qu'elle est formulée par Beccaria dans son influent *Traité des délits et des peines* pour interdire la pratique de

l'interprétation aux juges pour cette raison qu'ils ne sont pas législateurs. L'application de la loi est elle-même corsetée dans la discipline sévère du syllogisme judiciaire. Cette théorie deviendra la *doxa* officielle après la Révolution et sera longtemps enseignée en dépit des réfutations multiples que lui oppose la pratique quotidienne des juridictions.

Au XX^e siècle, la distinction est reprise par Wittgenstein d'une manière sans doute plus proche des préoccupations de Rémy Libchaber. Dans ses *Investigations philosophiques*, Wittgenstein expose que l'application d'une règle et son interprétation appartiennent à deux « jeux de langage » différents. Comprendre une règle consiste à pouvoir donner des exemples de son application et donc en quelque sorte à déterminer ainsi son champ d'application, tandis qu'interpréter un énoncé linguistique revient à lui substituer une autre formulation supposée en donner le sens.

La distinction est reprise par le collègue oxonien de Wittgenstein, Herbert Hart pour qui l'interprétation est un faux problème. Il s'agit en effet d'appliquer les règles, à savoir d'en déterminer les cas d'application. Cette tâche simple, selon Hart, dans la majorité des cas qui sont clairs se complique cependant dans les cas-limites, qui ne font que révéler l'incomplétude de nos conventions linguistiques et donc de nos textes juridiques. Ici encore, toute interprétation est vaine puisque le texte ne contient pas la réponse. Le juge doit compléter la convention en décidant si le cas-limite tombe ou non sous l'application de la règle. Mais cette tâche, selon Hart, qui relève du pouvoir discrétionnaire du magistrat, impose une décision arbitraire car il n'existe pas de bonne réponse. Voilà qui ne fait pas non plus l'affaire de Rémy Libchaber.

Si j'ai bien compris son propos, il semble qu'on veuille aujourd'hui interdire l'interprétation des règles aux praticiens et à la doctrine, de la même manière qu'on prétendait l'interdire aux juges pendant le XIX^e siècle et au-delà. Et ce sur la base d'un même argument d'autorité qui se redouble. Le juge devait humilier sa raison devant la volonté du législateur tout-puissant. Le juriste devrait faire de même aujourd'hui devant l'*imperium* du juge. J'ignore si cette idée est véritablement répandue, mais je la crois en tout cas fausse, dangereuse et antidémocratique.

Enfin, élargissons pour terminer l'observation qui ouvre le texte de Rémy Libchaber sur l'ignorance et le désintérêt des spécialistes et des praticiens du droit positif pour la théorie du droit. Il est vrai que les juristes ne lisent guère les théoriciens et on connaît peu d'auteurs, à l'exception remarquable de Rémy Libchaber lui-même, qui aient brillé dans les deux disciplines. Pour moi, la responsabilité principale en revient aux théoriciens du droit qui pour certains ont réussi (pour paraphraser une boutade américaine adressée à la philosophie analytique) à éclairer certains des recoins les plus obscurs du placard dans lequel ils s'étaient eux-mêmes enfermés. Si le philosophe ou le théoricien du droit veut intéresser la doctrine et les juristes, il lui faut accepter de monter sur leur terrain, celui de la pratique du droit, et tenter d'apporter des ressources utiles à la solution des questions qu'ils ont à résoudre et au succès des combats qu'ils ont à mener. Il est vain de chercher le droit dans le ciel métaphysique des idées de Platon. Il faut le dire et le redire encore : la vérité du droit est dans sa pratique.

Les quatre derniers textes auxquels il m'est donné le privilège de répondre ont ceci de commun qu'ils interrogent le projet du livre *Le sens des lois* dans son ensemble, dans sa nature, sa méthode et ses limites.

Stefan Goltzberg se range lui-même dans le camp des « néoformalistes ». Il défend la proposition selon laquelle l'interprétation juridique se distinguerait des autres genres d'herméneutique par la prépondérance qu'elle accorderait au sens littéral du texte. Selon sa thèse du « littérarisme modéré », « la lettre devrait être suivie par le juge sauf s'il apparaît une *très* bonne raison de s'en éloigner ». Le néoformalisme s'opposerait sur ce point au courant « réaliste » (dit aussi pragmatique), dans lequel Stefan Goltzberg me range ainsi que Perelman, selon lequel « le juge doit concilier la lettre de la loi et l'esprit du droit ». Nous pourrions même ici, pour mieux manifester la tension, radicaliser la thèse en disant que, pour les réalistes, le sens littéral ne constitue qu'un des sens possibles du texte et l'une des manières de découvrir ou de justifier la solution d'un cas.

Stefan Goltzberg estime qu'une histoire de l'interprétation juridique pourrait montrer que le primat du sens littéral constitue un

universel de cette discipline. Cette histoire demeure à écrire. Dans mes recherches, je n'ai pas du tout observé cela. La raison en est, explique Stefan Goltzberg, que *Le sens des lois* se concentre massivement sur des modèles non juridiques d'interprétation. Voilà qui m'a surpris. Qu'est-ce donc qu'un modèle juridique d'interprétation ? Un modèle qui aurait été forgé par les juristes ou bien un modèle qui serait pratiqué par les juristes ou spécialement par les juges, peut-être les deux. S'il est certain que le modèle patristique peut-être qualifié de non juridique et même plus exactement d'anti-juridique, tel n'est certainement pas le cas du modèle rhétorique qui s'impose dans la pratique judiciaire grecque mais aussi romaine dès la fin de la République, ni du modèle rabbinique tel que le donne à voir le *Talmud*, dont l'objet et la portée sont sinon exclusivement du moins principalement juridiques. Quant au modèle scolastique, nous avons montré qu'il constitue une création originale des juristes civilistes et canonistes de l'Université avant de s'exporter dans les autres disciplines, dans la culture savante et dans la pratique judiciaire de l'époque. Et que dire, à l'époque contemporaine, du modèle pragmatique ou réaliste, comme préfère l'appeler Stefan Goltzberg, qui sait aussi bien que moi la part décisive jouée par les juristes et les juges dans son élaboration et sa mise en œuvre ?

Comme cela a déjà été évoqué, l'interprétation juridique et judiciaire a été prise comme modèle au XX^e siècle, notamment par Gadamer et Perelman, précisément pour s'émanciper d'une conception jugée trop littérale et historiciste des textes imputée au modèle philologique. Quant à ce dernier, qui prône effectivement, jusqu'à un certain point, le primat du sens littéral et grammatical, nous savons qu'il a été théorisé par les historiens et les philologues au XIX^e siècle comme « herméneutique générale ». Stefan Goltzberg souligne lui-même que, tandis que la doctrine catholique privilégie l'esprit au mépris de la lettre, ce qui influence lourdement les droits romano-germaniques, la réforme protestante, spécifiquement le calvinisme, rétablit le primat du sens littéral. Il y voit l'explication de la primauté que la *common law* accorderait selon lui au sens littéral. Mais le modèle calviniste ne constitue-t-il pas, comme le catholique, un modèle théologique ou théologico-politique et donc bien un modèle non juridique ?

Au-delà de cette controverse, qu'en est-il au fond du soi-disant primat du sens littéral comme universel de la raison juridique ou de la pratique judiciaire ? Notons d'abord, et ce point n'est pas trivial, qu'une telle thèse présuppose une culture ou un modèle qui conçoit le droit comme déposé dans un texte ou un ensemble de textes faisant autorité. Or ce modèle, pour familier qu'il nous paraisse, n'était pas celui des Grecs ni des Romains, ni des droits coutumiers chez nous ou ailleurs. Bien plus, j'ai tenté de montrer que plusieurs modèles juridiques modernes et contemporains rejettent l'interprétation comme mode rationnel d'application du droit. C'est le cas du modèle géométrique, mais aussi des modèles sociologique et économique qui lui préfèrent la balance judiciaire des intérêts, du modèle normativiste, ainsi que du modèle global qui se profile et de son droit algorithmique.

Si l'on se limite aux cultures juridiques qui considèrent que le droit est et doit nécessairement être inscrit dans un texte ou un ensemble de textes qui font autorité et que l'interprète ou le juge n'est fondé à résoudre les cas qui lui sont soumis qu'en conformité avec ceux-ci, privilégient-elles pour autant le sens littéral au sens du « littérarisme modéré » de Stefan Goltzberg ? Il faudrait d'abord s'entendre sur la notion de « sens littéral », qui est loin d'être univoque, varie selon les modèles et connaît d'importantes évolutions dans le cours de l'histoire de l'herméneutique occidentale, de même que le statut de la lettre et de l'esprit. Ada Neschke-Hentschke distingue ainsi, dans un article approfondi, cinq significations successives du sens littéral qui ont prévalu successivement dans l'histoire de l'herméneutique occidentale, parmi lesquels les juristes retrouveront notamment le sens grammatical et le sens historique¹⁴. On sait que ni le modèle philologique, ni les auteurs du Code civil, ni la jurisprudence postérieure ne parviennent à trancher entre ces deux-là, affirmant simultanément le primat de la signification linguistique et celui de l'intention de l'Auteur-Législateur jusqu'à prétendre, contre toute évidence, qu'ils coïncident nécessairement en un sens unique.

Les (néo-)formalistes sont, comme leur nom l'indiquent, attirés par la perspective d'univocité promise par les systèmes formels,

¹⁴ A. Neschke-Hentschke, « Le sens littéral. Histoire de la signification d'un outil herméneutique », *Sens et interprétation. Pour une introduction à l'herméneutique* (Chr. Berner et D. Thouard dir.), Septentrion, 2020, p. 21-47.

comme les langages logiques et mathématiques. La philosophie analytique a pourtant renoncé pour l'essentiel à l'ambition de formaliser le langage ordinaire, jugée impossible voire inadéquate. Il est vrai cependant que les informaticiens ont donné une nouvelle vie à ce projet, qui se traduit notamment par l'ambition d'une nouvelle forme de codification du droit, laquelle préfère cependant le chiffre à la lettre.

Quant à Stefan Goltzberg, il lie la primauté du sens littéral dans l'interprétation juridique à la capacité supérieure de celle-ci à faire abstraction du contexte. À nouveau, je peine à comprendre ou à ne pas être en désaccord. L'interprétation judiciaire se détermine toujours en référence à au moins trois contextes : 1° le *corpus* juridique ou ce que les modernes nomment l'ordre ou le système juridique, ce que M. Goltzberg appelle le co-texte ; 2° le contexte d'énonciation qui détermine à tout le moins le champ d'application et la force obligatoire du texte ; et 3° le contexte d'application qui permet de spécifier la solution à donner à l'espèce et le dispositif du jugement.

Stefan Goltzberg nous fournit une illustration exemplaire du primat du sens littéral dans l'acceptation en droit anglais des conséquences des « *loopholes* ». Le *loophole* est une lacune dans la loi ou dans le contrat qui offre une échappatoire à celui à qui on tente de l'opposer. Ainsi, l'opportuniste bien conseillé, le « *bad man* » de Holmes, peut-il exploiter une faille dans la législation fiscale, par exemple, pour échapper légalement à l'impôt. Un principe équivalent d'interprétation stricte des lois dites « odieuses » prévaut également sur le continent, notamment dans les branches du droit fiscal et du droit pénal, même si de nombreux travaux ont montré que ce principe connaît un grand nombre de dérogations dans la jurisprudence criminelle, y compris au plus haut niveau. Quant au choix licite de la voie la moins imposée en droit fiscal, qui tire effectivement parti des failles de la législation fiscale, il est de plus en plus attaqué par la volonté des États de sauvegarder une part au moins de leurs recettes face aux assauts terribles et victorieux de l'ingénierie juridique dans le contexte favorable de la mondialisation.

Pour autant, ce jeu du chat et de la souris, où le justiciable parvient à se faufiler dans un trou de la loi pour échapper à la peine ou à l'impôt, est très loin d'épuiser les situations où les juges sont amenés

à interpréter la loi. Dans la plupart des matières et le plus souvent, le choix de l'interprète ne se limite pas à décider s'il doit suivre la lettre ou s'en émanciper pour faire prévaloir la justice. L'interprétation vise à faire parler un texte ou un ensemble de textes qui sont muets ou lacunaires quant à la solution du cas à résoudre, que celui-ci soit inédit ou issu de circonstances nouvelles qui surviennent sans cesse dans une société dont l'évolution s'accélère toujours plus. Le juge ne peut se replier ici sur la lettre insuffisante pour refuser de trancher le cas à peine de déni de justice. D'où l'importance du blanc du texte dont j'avais cru pouvoir écrire qu'il constituait l'espace réservé par avance à l'interprétation à venir.

Certes, dans cette tâche de construction, les juges n'opèrent pas seuls ni en une fois. Ces affaires donnent souvent lieu à de multiples recours qui permettent de tester la solution et le cas échéant de l'affiner, généralement au plus niveau de la pyramide judiciaire, où les magistrats les plus éminents travaillent en collège. Mais surtout, s'agissant de questions de droit, elles ne s'épuisent pas, comme je l'ai déjà dit, dans l'affaire en cours, mais s'élaborent au fil des cas et des décisions, à la manière du roman à la chaîne, bien décrit par Ronald Dworkin, *common lawyer* s'il en est.

Stefan Goltzberg semble considérer que ce travail de la jurisprudence confirmerait sa thèse littéraliste. Il écrit ainsi :

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).

Il est étonnant d'assimiler le raisonnement casuistique à une interprétation littérale. Pour prendre un exemple que Stefan Goltzberg connaît bien, le droit casuistique talmudique classe les cas de dommages causés par des choses en quatre catégories, qui définissent des régimes juridiques spécifiques : le bœuf, la pâture, la citerne et l'incendie, pour la raison que ces quatre exemples sont traités dans le texte biblique (*Exode* 21, 28 et s.). Toute affaire de responsabilité du fait des choses suppose dès lors de rapporter par analogie la chose, cause du préjudice, à l'une de ces catégories. Ainsi, on rapportera le cas d'un accident de chariot à la catégorie du « bœuf ». Ce raisonnement n'interprète évidemment pas le terme

« bœuf » de manière littérale, bien au contraire. Comme l'exprime un sage du Talmud : « Qui pense que le bœuf du Talmud est un véritable bœuf n'a pas même commencé à comprendre la loi »¹⁵.

De manière générale, la jurisprudence procède par la comparaison des cas nouveaux avec le réservoir des cas précédents en vue d'appliquer au cas nouveau la solution d'un cas ancien dès lors que celui-ci présente un rapport de ressemblance ou de proximité suffisant et pertinent¹⁶. Cette méthode se fonde sur le principe d'égalité, qui s'applique aussi au niveau de l'application de la loi (*treat like cases alike*).

L'accumulation des précédents s'accompagne en Occident d'une montée progressive en généralité et en abstraction, d'un passage des cas au concept qui correspond à la transition d'une énumération en extension à une définition en intension. Ce phénomène, observé dès le droit romain classique, se perpétue jusqu'à aujourd'hui¹⁷. Les juristes appellent volontiers « théories » ces constructions abstraites par laquelle se manifeste l'innovation judiciaire. Ainsi, dans le droit civil, au hasard et en désordre, la théorie des impenses, des quasi-contrats, de l'apparence, de la responsabilité du fait des choses, des troubles de voisinage, etc. Et il en va bien sûr de même dans tous les domaines, spécialement dans ceux où le législateur n'intervient que rarement ou ponctuellement.

Faut-il voir dans ces réalisations de l'ingénierie judiciaire, efficacement assistée par la doctrine, le triomphe d'une conception de l'interprétation éthique, influencée par le christianisme, au détriment d'une conception proprement juridique ? Je ne le crois pas. Certes, la jurisprudence, en créant ainsi de nouvelles règles, impose des choix et privilégie certaines valeurs, mais pas davantage que les normes légales ou réglementaires. Au contraire, il me semble que ces types de raisonnements et de constructions sont l'expression même du génie juridique dans ce qu'il a de plus spécifique, de plus intéressant et de plus utile.

¹⁵ A. Steinsaltz, *Introduction au Talmud*, Paris, Albin Michel, 1987, p. 166.

¹⁶ J'ai commis, il y a longtemps, un article qui tentait d'analyser le raisonnement par analogie pratiqué par la jurisprudence : B. Frydman, « Les formes de l'analogie », *Analogie et méthodologie juridique, Cahiers de méthodologie juridique n° 10, Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995-4, p. 1053-1064.

¹⁷ Voyez l'article de R. Dekkers, « Le fait et le droit. Problèmes qu'ils posent », *Dialectica*, vol. 15, 1961, p. 339-346, en particulier au sujet de la qualification, spéc. p. 340 et s.

M. Goltzberg nous objecte, à la suite de Frederick Schauer, que ces types de raisonnement, qui s'écartent manifestement du sens littéral, ne valent que pour les « cas difficiles » (*hard cases*), qui seraient « atypiques » et ne pourraient donc rendre compte de l'interprétation juridique dans sa généralité. Il faudrait donc chercher la nature propre de l'interprétation juridique dans la solution des cas faciles, les plus nombreux et ceux où l'interprétation littérale s'impose. Je ne crois pas pour ma part que la raison juridique s'exprime plus authentiquement dans les cas faciles. Comme l'a montré Perelman, un cas n'est facile qu'aussi longtemps qu'il n'est pas contesté. Aussi les cas faciles ne viennent-ils pas si souvent devant les tribunaux et effectivement pratiquement jamais devant les juridictions supérieures. Souvent, ils font l'objet de contentieux de masse qui donnent lieu à des dispositifs de décisions quasi-automatiques et de plus en plus souvent automatisés. Ils expriment davantage la raison administrative que la raison juridique dont le génie repose dans le débat contradictoire argumenté.

En outre, l'étude de ces décisions automatisées ou presque révèle, d'une manière qui étonnera peut-être les néo-formalistes, non pas le triomphe de l'interprétation littérale des lois, mais bien plutôt l'interposition, entre le texte qui fait autorité et les décisions particulières, d'un standard issu de la pratique administrative, qui s'éloigne de manière parfois spectaculaire du sens littéral du texte. Ce phénomène bien connu s'accroît encore aujourd'hui par la mise en place de dispositifs algorithmiques d'application des décisions.

Comme on peut le lire, les positions de Stefan Goltzberg et les miennes diffèrent assez radicalement. Lui explique notre opposition par le croisement de nos trajectoires respectives : celle d'un linguiste et philosophe, pour sa part, formé à la polysémie et séduit par la rigueur juridique ; à rebours de mon cheminement de juriste, astreint à l'aridité de la lettre et trouvant dans la philosophie le chemin de la liberté des sens. Ceci m'évoque le débat engagé au siècle dernier entre Hans Georg Gadamer et Emilio Betti, où le philosophe allemand promouvait l'interprétation créative des juristes contre le jurisconsulte italien qui se faisait l'avocat du modèle philologique, rejeté par Gadamer. Là aussi, chacun trouvait son miel dans la discipline de l'autre, mais pour en tirer des conséquences radicalement différentes.

Les critiques et questions adressées par Anne-Sophie Chambost, Pierre-Yves Quiviger et Frédéric Audren, quoique différentes, se recoupent en plusieurs points. Dès lors, tout en poursuivant les réponses individuelles, il m'a semblé qu'une réponse commune à certains aspects importants permettrait une discussion plus intéressante et en tout cas plus claire pour le lecteur. Ces points sont abordés dans les réponses à Frédéric Audren.

Anne-Sophie Chambost confronte le projet du *Sens des lois* à son propre sujet de recherche sur la dimension matérielle et institutionnelle de la production et de la circulation des savoirs juridiques, qui n'est guère abordée dans mon livre. Elle convoque à ce propos l'ouvrage de Vincent Forray et Sébastien Pimont *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit* (Dalloz, 2017), qui se livre à une analyse critique substantielle du *Sens des lois*. Selon celle-ci, le livre serait caractéristique de l'indifférence portée par la doctrine au processus d'écriture du droit pourtant essentiel dès lors que l'on convient que le droit est un phénomène textuel. Ce n'est pas ici le lieu de répondre à cet ouvrage dès lors que les conditions du contradictoire ne sont pas réunies. Cependant la question du rapport de l'interprète au texte interprété posée par Anne-Sophie Chambost, à la suite de ces auteurs, mérite certainement d'être abordée.

Est-il exact que les modèles d'interprétation se montrent indifférents au processus d'écriture des textes interprétés, qu'ils considèrent plutôt comme un produit fini, dont il s'agit, par le moyen de l'interprétation, de tirer la réponse à une question de droit ou la solution d'un cas ? Cela paraît effectivement assez vrai dans l'ensemble et spécialement aux deux extrémités d'un graphe où l'on rangerait les modèles en fonction de la déférence plus ou moins grande qu'ils accordent au texte à interpréter. Ainsi, les modèles qui placent le texte dans un statut d'autorité incontestable, en lui attribuant un statut métaphysique transcendant ou une origine divine, ne souhaitent pas toujours qu'on investigue dans le détail les conditions précises dans lesquelles le texte sacré a été produit ou a été transmis. Ils accusent volontiers d'hérésie les recherches qui pourraient remettre en cause ou faire douter de la tradition ou du caractère authentique du moindre passage, de la moindre virgule de l'écrit en question. La réception au moment de sa publication du

Traité théologico-politique de Spinoza offre une illustration bien connue de la colère des gardiens du temple.

À l'autre bout du spectre, les conditions de production du texte n'intéressent pas non plus outre mesure, sauf s'ils y trouvent un intérêt particulier pour la cause ou l'opinion à défendre, ceux qui considèrent celui-ci comme un simple prétexte au déploiement d'un conflit d'arguments, de valeurs ou d'intérêts. Et que dire des modèles, dont on ne saurait négliger l'importance chez les modernes, qui dénie toute valeur rationnelle à l'activité d'interpréter pour lui substituer (ou non) une méthode fondée sur la démonstration et le calcul, comme les modèles géométrique et sociologique, ainsi que le modèle computationnel émergent.

Toutefois, il y a bien un modèle qui s'intéresse très sérieusement aux conditions de production et de réception du texte interprété, tant au niveau du contexte historique, culturel et institutionnel dans lequel il a été produit, qu'à celui de sa rédaction, de sa forme et de son style, de la grammaire et du vocabulaire qu'il mobilise, de sa maturation progressive à travers les versions successives ou les leçons diverses que le chercheur a pu consulter, y compris les ratures, les remords, les amendements et les réécritures, les altérations et les effacements, dont le manuscrit a pu faire l'objet. C'est le modèle philologique.

Il est exact qu'on ne trouve aucune investigation de ce genre dans *Le sens des lois*. C'est là un choix délibéré qui s'explique notamment par un motif stratégique qu'a parfaitement débusqué Frédéric Audren. L'objectif premier du livre est de montrer qu'il n'existe pas une manière unique et permanente de lire et d'interpréter les textes, qui s'impose à presque tous comme une sorte de bon sens ou de sens commun et qui correspondrait pour nous à la lecture historico-philologique des textes. Il aurait été contre-productif de pratiquer moi-même la méthode dont j'entendais ainsi relativiser l'importance, sans pour autant en méconnaître la portée et les mérites spécifiques.

D'autre part, il faut dans ce débat prendre garde à ne pas trop réifier la distinction entre la production du texte et son interprétation dès lors que, comme nos interlocuteurs le savent, en pratique les deux activités s'entrecroisent et se relaient en permanence, en telle sorte que les positions d'auteur et d'interprète sont fréquemment interchangeables et de fait interchangées. Les textes d'une tradition juridique apparaissent parfois sous la forme d'une chaîne indéfinie

de commentaires dans laquelle le commentaire devient lui-même un objet d'interprétation avec le statut de texte en surplomb qui s'y attache. Pareillement, dans les systèmes contemporains, le principe de la hiérarchie des normes fait de l'auteur de la loi, du règlement ou de presque n'importe quel texte juridique, également l'interprète du texte qui le surplombe et dans le cadre duquel il doit demeurer, sous le contrôle des juridictions appelées à en contrôler la validité. Ainsi, l'auteur du règlement doit-il interpréter la loi qu'il applique et celle-ci doit se conformer à la Constitution. La jurisprudence en tant qu'elle interprète la loi au sens large est elle-même interprétée par les juges ultérieurs et la doctrine pour en tirer l'état du droit et ainsi de suite.

Les interprétations, tout le monde s'accorde là-dessus, sont aussi des textes. Dans *L'ordre du discours*, Foucault les rattache à un genre particulier, celui du commentaire. Le commentaire obéit à une structure propre qui organise la production de sens nouveaux. Il apparaît dès lors à mes yeux que les modèles d'interprétation, en tant qu'ils exhibent des modèles divers de machines à produire ces sens, suivant des techniques et des stratégies qui les distinguent entre eux, participent bien, encore que d'une manière différente de celles de nos interlocuteurs, à l'analyse des conditions de production des textes juridiques, c'est-à-dire des textes qui produisent ou sont susceptibles de produire des effets de droit.

C'est également une question de genre qui occupe l'intervention de **Pierre-Yves Quiviger** lorsqu'il s'interroge sur la sorte d'histoire que prétend raconter *Le sens des lois*. J'avoue que cette question m'avait quelque peu préoccupé durant la réalisation de cette recherche, encore que d'une manière bien plus prosaïque. Je m'interrogeais en effet sur la recevabilité de ce travail, qui rappelons-le fut d'abord une thèse de doctorat, au regard des règles ou du moins des attentes fixées par les gardiens des différentes disciplines. Serait-elle recevable aux yeux des historiens ? Certainement pas. On me fit d'ailleurs savoir, avec beaucoup de bienveillance, que le livre était mal nommé car il ne constituait en rien une histoire, ce qui je crois est également indiqué par l'un des contributeurs discutés ici. Acceptable pour les juristes ? Probablement pas, ce qui m'inquiétait davantage à l'époque car les conditions de mon mandat imposaient que la thèse

soit présentée devant la faculté de droit de mon université, à laquelle j'étais d'ailleurs attaché, à tous les sens du terme. Peut-être aurais-je eu davantage de chances auprès des philosophes qui, après tout, en ont vu d'autres ? Si mon jury apaisa finalement mes craintes, je me réjouis tout particulièrement de pouvoir ici bénéficier des lectures critiques à la fois d'historiens, de juristes et de philosophes. Certes je ne peux me prévaloir de leur approbation, certainement pas au niveau de la méthode, mais c'est déjà une grande joie et à vrai une surprise d'avoir échappé au sort fatal du silence qui frappe nombre de travaux inter- ou transdisciplinaires, comme on dit de nos jours. À l'instar de Pierre-Yves Quiviger, je me réjouis que de telles rencontres, autrefois improbables, entre historiens et philosophes du droit se multiplient aujourd'hui grâce aux initiatives d'une nouvelle génération.

Pour répondre plus précisément à la question de Pierre-Yves Quiviger, je suis séduit par la formule de Marc Angenot, avancée par Anne-Sophie Chambost, selon laquelle *Le sens des lois* relèverait moins d'une histoire des idées que d'une histoire des manières de penser. Il y a peut-être une analogie à opérer avec ce qui distingue l'histoire des sciences, au sens classique du terme, de l'épistémologie historique. Il ne s'agit pas tant de faire l'histoire des idées que celle des manières de les produire. L'ouvrage s'attache non aux interprétations elles-mêmes, mais aux modalités suivant lesquelles celles-ci sont produites à différentes époques déterminées. Il s'agit en d'autres termes d'établir, pour chaque époque, certaines conditions de possibilité qui, sinon déterminent, du moins orientent le contenu ou la forme et la manière de justifier de la pertinence et de la légitimité, ou pour le dire autrement, du caractère recevable et convaincant, des interprétations produites par les juristes et notamment par les juges lorsqu'ils tranchent des cas.

Pierre-Yves Quiviger soulève une autre question qu'il formule comme suit : « y a-t-il ou non un concept atemporel ou invariant de l'interprétation juridique qui rend possible l'étude même des variations de cette interprétation ? ». Ma réponse à cette question serait plutôt négative. Les visions du droit, les procédures d'interprétation et les méthodes de raisonnement caractéristiques des différents modèles sont souvent si éloignées les unes des autres qu'il n'est pas possible de les poser sur un socle commun. C'est d'ailleurs

une hypothèse de base du livre. Ce constat suffit-il pour autant à invalider toute entreprise de comparaison ? Je ne le crois pas. Si on ne pouvait comparer que ce qui est identique, alors toute comparaison deviendrait soit impossible soit sans intérêt. Ce serait dommage dès lors que la comparaison est l'un des instruments les plus puissants dont nous disposons et nous servons au quotidien, quelle que soit notre activité ou notre discipline, pour raisonner et pour décider.

Mais sur quelle base peut dès lors reposer la comparaison ? Pragmatiquement, on peut soit faire confiance aux acteurs lorsqu'ils prétendent interpréter le droit, soit considérer la fonction ou l'effet que vise à remplir l'action d'interpréter, à savoir produire une réponse à une question de droit, généralement en vue de fournir la solution d'un cas. Nous pouvons également chercher « l'invariant » dans la fonction de l'interprétation qui est de rechercher la solution d'un cas ou d'une question de droit au moyen d'un texte faisant autorité. Ce faisant, nous excluons cependant les modèles, déjà évoqués, qui préfèrent la raison calculatrice à l'herméneutique.

Frédéric Audren livre pour terminer une analyse fine et pointue du projet du *Sens des lois* du point de vue de l'historien. S'il lui reconnaît certains mérites, ce dont je lui sais gré, il en pointe également les limites, les fragilités – pour ne pas dire les failles – et certaines incohérences, avec une précision et un bonheur dans l'expression qui éclairent l'auteur lui-même et lui imposent de revoir d'un œil plus averti et peut-être plus pénétrant le projet dans son ensemble aussi bien que dans les modalités de sa réalisation. Je ne peux à l'examen qu'être d'accord pour l'essentiel avec les points qu'il soulève, que je reprends ici en élargissant, comme annoncé, la discussion aux contributeurs précédents lorsque leurs remarques rejoignent ou croisent les siennes.

Statut et discontinuité des modèles

Entamons la discussion par la question essentielle du statut des modèles d'interprétation proposés dans *Le sens des lois*. « Les modèles d'interprétation sont-ils des modèles historiques (ceux des acteurs de/dans l'histoire) ou des modèles d'historien (ceux de l'historien au présent) ? ». Incontestablement, il s'agit de la seconde option : les

modèles proposés sont des constructions au présent pour servir des buts présents. La construction de ces modèles obéit à cet égard, même si c'était pour moi moins clair à l'époque qu'aujourd'hui, à une conception pragmatique de la recherche. De sorte qu'il ne serait pas infondé de dire que j'ai « inventé » ces modèles.

L'objectif de ces constructions de modèles est clair, comme l'a bien compris Frédéric Audren. Il s'agit d'abord et avant tout de *souligner des différences*. Je souhaitais démontrer qu'il n'existe pas qu'une seule manière de comprendre les textes ou plutôt de les travailler pour leur faire produire du sens. Le temps long de l'histoire offre ici un moyen classique de relativiser le concept d'interprétation en permettant de montrer à quel point ses méthodes ont varié au cours des âges. Mais la topique de l'interprétation contemporaine montre que ces différentes méthodes peuvent également coexister de manière concurrente.

Les modèles exhibent des « machines interprétatives » qui produisent des significations et des solutions différentes par rapport au même problème, par rapport au même texte. Ils contribuent à déconstruire l'idée solidement ancrée du « bon sens » et plus encore de l'unité et de la permanence de la vérité et des procédures qui la fabriquent. En cela, l'ambition rejoint, sans forcément réussir à l'atteindre, la démarche foucaldienne. Plus stratégiquement, elle poursuit une visée polémique contre tout modèle dominant ou hégémonique en tant qu'il prétend imposer comme une évidence la vérité unique des solutions que propose sa machine. Au fond, la théorie du sens unique et du sens exact constitue la forme herméneutique du dogmatisme, qu'il s'agit pour moi de combattre.

Sur le plan de l'outillage, la réduction de l'histoire de l'interprétation en modèles traduit l'influence prégnante des structuralistes sur ma formation initialement autodidacte en philosophie et en sciences sociales. Au-delà de Michel Foucault, les travaux de Claude Lévi-Strauss, Georges Dumézil, Émile Benveniste, Roland Barthes et plusieurs autres ont fasciné ma jeunesse et leur lecture ou relecture a accompagné mon travail. Or, on connaît le problème des structuralistes inscrits dans la synchronie pour traiter ou faire de l'histoire diachronique. La production de modèles synchroniques discontinus constitue une tentative connue pour tenter de résoudre cette difficulté, que je n'ai fait qu'utiliser après eux.

La représentation formalisée des modèles et leur comparaison sous la forme de tableaux synthétiques participent du même esprit et de la même influence. Sur la production de tableaux et leur usage, je crois avoir été particulièrement influencé par le très beau petit livre (par la taille seulement !) de Marcel Detienne sur *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*¹⁸, qui traite également de modes de production différents de la vérité et de la décision.

Pour autant, si la discontinuité historique permet de résoudre une difficulté interne à la méthode structuraliste, elle ne manque pas d'en susciter d'autres sur lesquelles mes interlocuteurs historiens n'ont pas manqué de se pencher et qu'il faut à présent examiner de manière attentive. Comme le note justement Anne-Sophie Chambost, souligner la discontinuité des modèles a pour conséquence de normaliser les phases intermédiaires et donc de gommer les contradictions entre les auteurs et les œuvres d'une même période. Ceci est certain et fournit l'occasion de mettre en évidence une caractéristique importante de ces modèles, à savoir leur caractère normatif. Les modèles d'interprétation ne décrivent pas comment les juristes interprètent les textes à une époque donnée ou plus généralement trouvent la solution des questions juridiques. Ils prescrivent un ensemble de consignes que les juristes sont censés suivre s'ils veulent produire une interprétation ou une solution correcte et légitime. Pour autant, ils ne supposent pas que tous les auteurs d'une époque soient indexés sur le modèle normal. J'ai traité en détail, dans *Le sens des lois*, le cas assez frappant du *Traité de l'interprétation juridique* de Georges Delisle. Ce professeur de droit romain et avocat au barreau de Caen, expose et prône, dans deux forts volumes publiés en 1847, en plein essor du modèle historico-philologique, les lieux et les techniques du modèle rhétorique antique. Signe des temps, l'ouvrage ne rencontra cependant aucun succès ni auprès de ses collègues de l'Université ni parmi ses confrères du Barreau¹⁹.

À cet égard, Frédéric Audren a raison lorsqu'il rapproche ces modèles davantage des paradigmes de Kuhn que des épistémès de Foucault. Si l'épistémè détermine le cadre de ce qui peut être pensé

¹⁸ Maspero, 1967.

¹⁹ H. Aupépin, « M.G. Delisle, sa vie et ses ouvrages », *Revue bibliographique et critique de droit français et étranger*, vol. 3, 1855-1856, p. 134-143.

et donc dit à une époque donnée, les paradigmes de Kuhn fixent quant à eux les types de question qui peuvent être posées, ainsi que les instruments et les procédures qui peuvent être mobilisés pour les résoudre de manière scientifiquement acceptable. Ils définissent les conditions d'exercice de la science normale. Tel est aussi le cas des modèles de la raison juridique, comme par exemple dans le fameux syllogisme judiciaire moderne. Il est clair que j'ai été également inspiré par la lecture de *La structure des révolutions scientifiques*²⁰. J'avais d'ailleurs intitulé ma leçon inaugurale pour le cours de théorie du droit à l'ULB : « Y a-t-il des révolutions scientifiques en droit ? »²¹. J'ai donc été assez surpris de ne retrouver dans *Le sens des lois* que deux malheureuses petites notes de bas de page qui fassent référence à Kuhn, sans les honneurs de l'index, preuve accablante de l'ingratitude de l'auteur.

Relations entre les modèles

La mise en scène des modèles dans leur discontinuité laisse évidemment entière la question des relations entre ces différents modèles, des conditions de leur apparition, de leur déclin et de leur succession, de leurs chevauchements et influences, autant de points bien repérés par Frédéric Audren. Le fait de ne pas traiter des transitions et chevauchements entre les modèles ne présuppose aucune thèse sur le fond. Il s'agit uniquement de la conséquence d'un choix de méthode. Cela ne revient pas à nier l'existence de transitions, de chevauchements et d'influences, parfois croisées. Ainsi, pour le XX^e siècle, il est clair pour moi, même si la structure en deux chapitres rend ce point ambigu, qu'aussi bien le modèle pragmatique que le modèle normativiste sont les produits du tournant linguistique. L'œuvre fondamentale de Peirce appartient bien à ce tournant aussi bien que celles de Russell et Carnap liés à l'empirisme logique. Quant à Wittgenstein, il relève comme on sait des deux à la fois, avec, d'une part, le *Tractatus logico-philosophicus* et d'autre part ses *Investigations philosophiques*. Bien plus, et je méconnaissais ceci lors de la rédaction du *Sens des lois*, le modèle pragmatique et le modèle sociologique entretiennent des liens étroits,

²⁰ Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* [1967], Flammarion, 1972.

²¹ B. Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, p. 809-813.

comme l'exemple du pragmatisme/réalisme juridique américain le montre à l'évidence, ainsi que l'histoire de l'École de Bruxelles qui bascule du sociologisme dans le pragmatisme²². Il n'empêche que ces trois modèles (sociologique et économique, normativiste, pragmatique) proposent au final des conceptions de l'interprétation et des méthodes juridiques nettement différentes.

Pourtant, il ne me semblerait pas exact d'avancer que l'ouvrage n'aborde pas du tout la question des relations entre les modèles. D'abord, la construction même de modèles a, comme on l'a déjà dit, la vertu d'autoriser leur comparaison par l'établissement de leurs différences caractéristiques, mais aussi l'établissement de certains traits communs. Ainsi, le tableau des modèles anciens dans *Le sens des lois* a-t-il l'ambition de synthétiser non seulement ce qui oppose ceux-ci entre eux, mais aussi d'exhiber certains traits communs (notamment la pluralité des sens et le cadre du débat contradictoire) contre lesquels les modèles modernes réagiront unanimement, en dépit des graves différends qui les séparent et les distinguent également entre eux.

Le sens des lois s'attache aussi à montrer la portée *polémique* des modèles d'interprétation qui se succèdent et qui les amènent d'ailleurs souvent à forcer le trait. Un modèle est souvent construit contre un autre, qu'il prétend réfuter et remplacer ou à tout le moins concurrencer. On l'observe de manière remarquable chez les Anciens, notamment entre le modèle rhétorique et le modèle rabbinique lorsqu'ils entrent en contact à l'époque hellénistique. Le modèle rabbinique, sur la défensive, tend à souligner les oppositions, notamment le refus du passage par le concept, mais parfois cède à l'imitation comme dans les formulations de directives d'interprétation en concurrence avec la topique. Quant au modèle patristique, dont j'ai tenté de montrer la dimension foncièrement polémique, il s'attaque violemment tant à la rhétorique qu'aux rabbins tout en puisant abondamment aux deux sources. Le même phénomène s'observe chez les modernes et les contemporains. Ainsi, le modèle géométrique ne se construit pas uniquement par rapport au modèle de la science galiléenne et des règles cartésiennes, mais

²² Sur cette histoire, voyez la série en deux volumes : F. Audren, B. Frydman et N. Genicot (dir.), *La naissance de l'École de Bruxelles*, à paraître ; et B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, éd. de l'ULB, 2022, sous presse.

aussi et peut-être surtout contre le modèle scolastique, auquel l'oppose une guerre violente, non sans conséquence d'ailleurs pour la vie et la sécurité de certains de ses promoteurs. Il en va de même du modèle sociologique contre la philologie historique et du modèle pragmatique contre le normativisme. Je pense que cette dimension polémique, qui conduit à mettre en évidence et souvent à forcer comme je l'ai dit les oppositions entre les modèles successifs, joue un rôle non négligeable dans l'histoire de la raison juridique, comme probablement dans l'histoire des sciences en général.

Participe peut-être de cette volonté de différenciation, l'alternance, soulignée dans le livre, chez les Modernes et les contemporains, entre de véritables modèles herméneutiques, c'est-à-dire qui prétendent proposer une méthode pour bien faire parler les textes, et des modèles anti-herméneutiques, qui dénoncent l'interprétation comme une activité irrationnelle et cherchent leur salut dans la raison mathématique et calculatrice. Tel est manifestement le cas du modèle géométrique contre le modèle scolastique ; mais l'herméneutique retrouve sa place au XIX^e avec le modèle philologique de l'exégèse et de l'école historique ; avant d'être battue en brèche par le modèle sociologique qui privilégie le calcul et la mise en balance des intérêts, poussés jusqu'à l'extrême par l'analyse économique du droit. Si le modèle pragmatique, refusant le scepticisme normativiste, renoue complètement avec l'herméneutique, il est aujourd'hui sévèrement concurrencé par le modèle global fondé sur la numérisation des données, les classements et les algorithmes. Sans s'exagérer l'importance de ce mouvement pendulaire, il y a dans cette oscillation quelque chose d'assez intrigant.

Quant au choix des auteurs qui sont embrigadés dans les différents modèles, Frédéric Audren a raison de critiquer le fait qu'il n'obéit à aucun critère rigoureux. De ce point de vue, les critères multiples avancés dans l'introduction dissimulent mal le fait qu'il s'agit pour beaucoup de rencontres au fil de la recherche et que mon goût et ma culture personnels y ont sans aucun doute joué un rôle. Cette subjectivité affaiblit certainement la valeur de la démonstration et encourage des études contradictoires de nature à la falsifier. Du moins ce choix éclectique manifeste la volonté de ne pas s'enfermer dans un quelconque nationalisme méthodologique en incluant un

large nombre d'auteurs non francophones – quoique tous occidentaux – dans les analyses, notamment allemands ou autrichiens, italiens, britanniques et américains. Mon objectif à l'époque était moins de dénationaliser les modèles (ce qui me paraît cependant important) que de remettre en cause, sur le terrain de la raison juridique, la *summa divisio* entre la *common law* et les systèmes de droit civil. Sur le plan des théories de l'interprétation, j'ai tenté de montrer que cette division n'apparaissait guère pertinente ni opératoire non seulement dans les modèles scolastique et géométrique, mais également, avec plus de précautions, pour le modèle historique et philologique dominant le XIX^e siècle et certainement pas pour les modèles sociologique, normativiste et pragmatique. Je m'étonne que cette thèse qui manifeste une vraie rupture avec la pensée dominante n'ait pas davantage été discutée ni contestée.

En ce qui concerne la datation des modèles, je ne peux pas accepter le critère avancé par Frédéric Audren lorsqu'il prend comme référence les dates de naissance et de mort des auteurs dont les œuvres sont analysées au sein de chaque modèle. Comme je l'ai indiqué, la période attachée à un modèle correspond à celle où le modèle en question s'impose comme science normale. Ceci explique pourquoi le *Léviathan* de Hobbes et le *Traité théologico-politique* de Spinoza, considérés comme précurseurs du modèle historico-philologique, sont traités, par une sorte de *flash-back*, dans le chapitre qui porte sur le XIX^e siècle, deux siècles après leur publication donc. Pour le reste, la division classique de l'histoire en périodes datées, que j'ai respecté comme repère dans le livre sans innover, comporte, comme chacun sait, sa part d'artifice.

Relations des modèles aux contextes

Tant Anne-Sophie Chambost que Frédéric Audren soulignent à raison l'absence dans *Le sens des lois* de toute contextualisation des modèles d'interprétation par rapport aux situations politiques, économiques et sociales dans lesquelles ces modèles prospèrent. « Les déterminations politiques et sociales ne l'intéressent pas », écrit Frédéric Audren, en ajoutant aimablement qu'il s'agit non pas d'une facilité, mais d'une décision. Soyons honnêtes, il s'agit aussi d'une facilité au sens où sans une telle décision de découpler effectivement

les modèles de ces contextes la tâche aurait été pour moi impossible à boucler. En outre, la décontextualisation participe de l'entreprise de modélisation sur laquelle je me suis déjà expliqué plus haut. Pour autant, il ne s'agit nullement de nier de telles déterminations historiques ni d'en contester l'importance ou l'intérêt. J'ai cependant voulu relativiser certaines causalités faciles, comme celle qui fait de l'exégèse le fruit du Code civil, en exhibant sa matrice philologique commune avec l'école historique du droit allemand, qui ne connaîtra la codification qu'un siècle plus tard.

On peut cependant tracer des liens assez solides entre certains modèles et des projets politiques. D'autant que la « vision du droit », composante idéologique des modèles proposés, est souvent elle-même saturée d'images et de conceptions politiques. Ainsi, le modèle rhétorique naît-il avec la démocratie ; le modèle géométrique accompagne la construction des ordres juridiques nationaux (mais pas uniquement). Comment ne pas reconnaître le rapport entre le modèle sociologique et le projet de l'État social ? En rapportant le modèle exégétique du XIX^e à Hobbes, ainsi qu'à Spinoza, et pas seulement à la méthode historico-philologique des sciences de l'esprit, j'ai voulu montrer la dimension politique de ce modèle qui affirme l'autorité de l'auteur sur le sens de son texte. Je prolongeais ici certaines études structuralistes publiées à la fin des années soixante sur cette question spécifique de l'auteur roi ou propriétaire. Par contrecoup, le modèle pragmatique, qui impliquait la critique de ce monopole, porte lui aussi un idéal politique, d'ailleurs ambigu, puisqu'il repose chez Peirce et, à sa suite, Perelman et Habermas, sur l'accord de la communauté (des savants). Il y a donc une lecture politique à faire des modèles d'interprétation, mais elle reste largement à écrire.

Ceci dit, la mise entre parenthèses des contextes socio-politiques dans *Le sens des lois* n'équivaut pas, comme le note d'ailleurs Anne-Sophie Chambost, à une décontextualisation complète des modèles d'interprétation. Le projet est en effet centré sur la contextualisation épistémologique de la raison juridique. En d'autres termes, chaque modèle est étudié dans la perspective plus large des paradigmes et des techniques scientifiques de son temps. Une place plus ou moins large est ainsi faite à des disciplines non juridiques : la rhétorique, la théologie, les mathématiques, la philologie, l'histoire, la sociologie et

l'économie, la linguistique et la sémiotique. L'objectif principal de l'ouvrage consiste, selon l'expression de Stefan Goltzberg, à « désenclaver la raison juridique », à montrer, pour paraphraser Spinoza, qu'elle ne forme pas un empire dans un empire, mais qu'elle a toute sa place – une place d'ailleurs souvent assez centrale et généralement ignorée ou méprisée – dans l'histoire des sciences et des techniques de production de sens et de décision.

Frédéric Audren qualifie cette démarche d'« histoire culturelle de la raison juridique ». Il ne s'agit pas seulement de montrer, comme le note Frédéric Audren, que « la raison juridique est toujours impure », ce qui au demeurant est vrai. Le but consiste surtout à révéler la part importante que jouent les juristes, les savoirs et les procédures juridiques dans l'histoire des sciences en général. Ainsi, la structure du procès détermine celle des traités de rhétorique et aussi leur logique spécifique. De même, j'ai tenté de montrer comment, avec la question disputée, les facultés de droit civil et canon ont forgé un modèle d'enseignement, mais aussi d'écriture et de pensée, qui s'est imposé pendant des siècles dans la plupart des disciplines académiques. J'ai parfois aussi souligné des antériorités troublantes, tout comme l'exposé précoce de la méthode géométrique par Grotius ou, une fois encore, celui de la méthode historico-philologique par Hobbes, Spinoza et, nous le savons à présent grâce à Xavier Prévost, par certains juristes humanistes de la Renaissance. Un autre procédé encore souligne l'investissement de juristes de formation ou de pratique dans les débats scientifiques. La participation massive et souvent motrice des juristes dans le modèle sociologique et les développements de la sociologie elle-même est particulièrement frappante, bien qu'occultée en France par l'hégémonie durkheimienne. Il s'agit dès lors, comme le note Pierre-Yves Quiviger, de réhabiliter les juristes et la place du droit dans l'histoire des sciences et de la philosophie. Plus fondamentalement encore et comme l'avait bien perçu Michel Foucault, il s'agit de montrer qu'une histoire de la vérité et de ses formes doit nécessairement faire une place aux formes et aux procédures du droit et de la justice. Dans notre histoire, le vrai et le juste se croisent et se mélangent souvent. Ils s'influencent toujours. Certains peuvent le regretter ou s'en offusquer, mais c'est un fait, même s'il demeure méconnu ou refoulé.

Le primat du modèle pragmatique

Tant Frédéric Audren qu'Anne-Sophie Chambost exposent que l'ouvrage dans son ensemble est structuré de manière à promouvoir la supériorité du modèle pragmatique, auquel l'auteur lui-même se rallie. Je n'ai pas souvenir que cela répondait à un projet conscient et délibéré à l'origine de l'ouvrage. Néanmoins, en relisant celui-ci pour l'occasion, le bien-fondé de cette critique saute aux yeux. Probablement faut-il y voir l'effet du format thèse, qui suppose que l'on démontre quelque chose, et plus encore un exemple de l'obsession rhétorique des membres de l'École bruxelloise à toujours vouloir convaincre et persuader.

Cependant cette attitude pose en l'espèce un problème plus sérieux, bien soulevé par Frédéric Audren. Le modèle pragmatique figure dans l'ouvrage comme une synthèse au sens hégélien du terme : le modèle complet et effectif d'interprétation, comme s'il représentait le stade final et la fin de l'histoire de la raison juridique. Dans ce cas, on pourrait bien considérer que *Le sens des lois* est, comme tous les livres, caractéristique de l'époque où il fut conçu et écrit. Vu selon ce prisme, le modèle pragmatique pourrait être interprété comme le volet juridique et technique du modèle politique d'une société libérale ouverte à l'échelon mondial, fondée sur les droits de l'homme et la discussion de normes communes, tel que porté par Habermas et d'autres à cette époque.

Aujourd'hui bien sûr, nous en sommes tous revenus. L'histoire s'est remise à bouillir et le modèle pragmatique est directement concurrencé par le modèle numérique global, dont il a été largement question plus haut. Il n'en reste pas moins que j'aborde ce nouveau modèle dans une perspective pragmatique. On évolue certes, mais on ne se refait pas ! Frédéric Audren observe pour sa part une évolution de ma perspective d'un pragmatisme linguistique, du type Peirce, vers un pragmatisme davantage sociologique, de type Dewey. Sans le nier, je considère cependant pour ma part que les deux s'inscrivent et partagent le même fondement épistémologique.

Je termine ici ces réponses épuisé et ravi. Ravi de ce dialogue par textes interposés qui a prolongé et beaucoup approfondi les échanges vivants de la journée organisée pour ces lectures. L'exercice cependant a été bien plus ardu que je ne le pensais. Les critiques et

les idées proposées dans les différentes contributions, qui touchent souvent justes, m'ont poussé dans mes derniers retranchements. Ils m'ont imposé de me relire moi-même comme un autre, selon l'expression de Ricœur, ce que l'écoulement du temps a facilité. J'ai ainsi été amené à constater non seulement les limites et les manques de l'ouvrage, mais aussi à découvrir certaines dimensions et certains partis pris, dont je n'avais pas conscience en l'écrivant.

C'est un privilège d'être lu et discuté par ses amis et ses collègues, que je remercie une fois encore de leur générosité, ainsi que les organisateurs qui m'ont permis de vivre cette expérience très riche et, pour moi, unique en son genre.

Bruxelles, le 19 octobre 2021