

Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique

Hugues Rabault



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/leportique/587>

ISSN : 1777-5280

Éditeur

Association "Les Amis du Portique"

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2005

ISSN : 1283-8594

Référence électronique

Hugues Rabault, « Le problème de l'interprétation de la loi : », *Le Portique* [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/leportique/587>

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

Le problème de l'interprétation de la loi :

la spécificité de l'herméneutique juridique

Hugues Rabault

- 1 Le problème de l'interprétation de la loi fait de l'herméneutique l'élément central de l'épistémologie juridique. La spécificité de l'herméneutique juridique tient à sa fonction pragmatique, à sa pratique quotidienne pour les juristes. L'herméneutique philosophique, au xx^e siècle, a mis l'accent sur l'aspect *subjectif* de l'herméneutique (Heidegger, *Sein und Zeit*, 1927 ; Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960). On peut parler d'une *critique de l'herméneutique comme méthodologie*, ou d'une conception *subjectiviste* de l'herméneutique. Cette tendance, influencée par l'existentialisme de Kierkegaard (*Ou bien... ou bien*, 1843) ou de Nietzsche (*Zur Genealogie der Moral*, 1887), tend à insister sur *la part du sujet* dans l'interprétation, par opposition à une conception traditionnelle (issue de la théologie), qui met en avant le rôle de la *méthode* (Schleiermacher). Cette perspective est également tributaire d'une opposition entre l'herméneutique, comme base des sciences humaines (*Geisteswissenschaften*, notamment Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1883), et la méthodologie issue du *positivisme scientifique*.
- 2 La critique de la méthode, en droit, a également des représentants. C'est en particulier ce qu'on appelle le « *décisionnisme* ». Cette dernière conception repose sur l'idée que toute interprétation comporte, pour l'interprète, une part de *décision*. On la trouve sous la forme du *décisionnisme* au sens strict (Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922) ¹. Une forme analogue ² est ce qu'on appelle le « *normativisme* ». Celui-ci considère le droit comme un système de « *normes* ». La norme est un « *cadre de possibilité* ». Son application suppose un choix, un « *acte de volonté* » (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960) ³. Il existe toute une littérature s'inscrivant dans ces traditions. On reviendra sur certains aspects de cette critique de l'herméneutique juridique.
- 3 Toutefois, au plan de la pratique, si on peut admettre que la décision de l'interprète joue un rôle important dans les « *cas limites* », le quotidien de l'interprétation fait de celle-ci une activité largement mécanique, où le rôle de la subjectivité de l'interprète est limité.

Saisi de façon globale, le système juridique peut être analysé à l'image d'un *traitement automatisé de l'information* (Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993). Cela correspond d'ailleurs à la rationalisation de la société à partir du XIX^e siècle (analysée par Max Weber, juriste de formation, à travers la notion de *bureaucratie*, dans *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922). Dans la plupart des cas, la part de l'interprète est réduite au minimum. On peut mentionner, en matière pénale, la détermination de la peine selon une échelle prévue par la loi, qui constitue une marge de manœuvre expressément admise par les textes. Mais dans certains cas, la liberté de l'interprète est nulle, comme pour le calcul de l'impôt, où, d'ailleurs, les administrations et les juridictions utilisent des logiciels spécialement conçus à cet effet. On peut ainsi dire que, généralement, l'application des normes juridiques ne comporte aucun aléa, les interprètes étant enserrés dans un réseau de contraintes techniques et hiérarchiques (hiérarchie des juridictions, par exemple). C'est une expérience couramment évoquée par les juges que celle de situations où l'interprète formule une solution techniquement inévitable, malgré le sentiment subjectif qui est le sien d'aller à l'encontre de l'équité (situations résumées par l'adage, *summum jus, summa injuria* [le plus haut droit, la plus grande injustice]).

- 4 La spécificité de l'herméneutique juridique correspond à son caractère pragmatique et fonctionnel. Le droit moderne est conçu comme un système technique de *procédures* régissant le détail de la vie sociale. Il est très éloigné, aujourd'hui, de son ambition originelle de constituer une règle de *justice* (tradition *jusnaturaliste* issue de Thomas d'Aquin). On a pu opposer la forme traditionnelle de l'herméneutique juridique, de type *charismatique* (le jugement de Salomon, Saint-Louis jugeant sous un chêne...), et son expression contemporaine, grise, anonyme, froide, rationalisée, technicisée à l'extrême (approche sociologique issue de Max Weber). Le système juridique des sociétés développées implique la production mécanique et quotidienne de milliers solutions juridictionnelles, administratives et autres⁴ : son objectif consiste, pour ainsi dire, à *éliminer le hasard*. Le système fiscal, où la décision se trouve largement automatisée, est la meilleure illustration de cette tendance. La spécificité de l'herméneutique juridique peut être vue sous l'angle de l'origine (I), de la technique (II) et de la théorie (III).
- 5 L'herméneutique juridique puise ses racines dans la tradition méditerranéenne. La formulation de normes juridiques sous l'aspect de textes sacrés est commune, notamment, aux Grecs, aux Latins et aux Hébreux... L'idée est également générale que les grands textes juridiques ont un auteur inspiré et sont donc l'œuvre d'un *législateur prodigieux*. On peut citer, pour la Grèce, Lycurgue, Dracon ou Solon. La tradition juive a également été une source de ce type de paradigme à travers sa réception par le christianisme. En ce sens, l'herméneutique juridique n'est pas entièrement distincte de l'herméneutique religieuse, elle en est un produit. Notons que le terme latin *interpretatio* est relativement ambigu. Les juristes romains ne limitent pas leur activité à une herméneutique des textes. Le droit romain est, pour résumer les choses, un ensemble de règles pratiques forgées par des générations de juristes. Par ailleurs, les Romains font du droit une activité conforme à une « nature des choses ». C'est une herméneutique ontologique plutôt que purement textuelle. Une date décisive pour l'herméneutique juridique est la codification de l'Empereur Justinien (529-565). On trouve souvent, chez les juristes romanistes, l'idée que la codification s'imposait alors du fait d'une crise au sein du droit romain. C'est sous cette forme codifiée que le droit romain a survécu aux « invasions barbares » dans l'Empire byzantin.

- 6 La tradition technique de l'herméneutique juridique date en fait non de l'élaboration de ce code, mais de la « réception » du droit romain dans l'Occident médiéval. Sous l'influence des besoins concrets de la pratique, notamment commerciale, les juristes « redécouvrirent » le droit romain, qui subsistait à Byzance. C'est sans doute au contact des Byzantins que les Italiens perçurent la richesse du *Corpus Juris* pour traiter des questions pratiques⁵, comme celles relatives aux contrats, à la formation des sociétés commerciales, aux successions, etc. L'université de Bologne abrita alors les plus fins « glossateurs » du droit romain, aujourd'hui encore considérés comme les fondateurs de la tradition juridique européenne moderne, tels Irnerius (après 1125) ou Accursius (vers 1185-1263). Par ailleurs, les juristes de l'Église (canonistes) s'inspirèrent de la codification justinienne pour formuler une codification propre, à travers le *Décret de Gratien* (1140), élaboré par la bureaucratie pontificale et attribué à un juriste légendaire. C'est sur ces bases que la pratique herméneutique se développa, en empruntant largement ses techniques à l'herméneutique des théologiens. La naissance des techniques juridiques de raisonnement, qui expriment la spécificité de l'herméneutique juridique, peut être datée de cette période reculée, empreinte de représentations magiques et religieuses.
- 7 La principale particularité de l'herméneutique juridique est sa fonction pratique. Pour ce qui est du droit romain, les juristes le considéraient autrefois comme la « raison écrite » (*ratio scripta*). C'était un moyen très commode pour associer le respect religieux du texte et les exigences de la pratique. L'interprétation du droit romain devait nécessairement aboutir à des solutions pratiques concrètes et efficaces. Il n'y avait pas de contradiction entre un texte obsolète et les situations auxquelles on l'appliquait. Certes des courants d'interprétation critiquèrent le droit romain par référence à une méthode historique d'interprétation. On oppose la glose classique (*mos italicus*) et la glose critique (*mos gallicus*), représenté par le juriste et humaniste français Jacques Cujas, 1522-1590). Un des enjeux de l'approche critique était l'affranchissement des autorités politiques nationales vis-à-vis de l'allégeance traditionnelle au droit romain, réputé constituer par essence le droit du Saint Empire romain. Les controverses autour de l'application du droit romain vont durer jusqu'au XIX^e siècle. Au début du XIX^e siècle, un juriste allemand, Friedrich Carl von Savigny (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814), défendait encore le droit romain contre les codifications modernes, prétendant qu'il constituait, avec son interprétation, la synthèse d'une expérience rationnelle et multiséculaire des peuples (influence de Herder), à laquelle les juristes devaient rester fidèles.
- 8 Si le droit romain est la base fondamentale de la méthode des juristes, la pratique traditionnelle se caractérise d'abord par la multiplicité des sources de droit. À côté du droit romain, qui est une source scientifique commune, sont appliqués par les juristes la coutume, les lois édictées par les autorités politiques, les précédents et la jurisprudence des tribunaux, etc. Le triomphe juridique de la loi comme source exclusive de droit n'apparaît pas avant le XIX^e siècle. Petit à petit, les différents États se dotent de législations englobantes (par exemple, *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* en 1756, *Code Napoléon* en 1804, BGB [Code civil allemand] en 1900). La tradition anglo-saxonne reste un peu à l'écart de cette évolution, mais seulement de façon partielle, car l'inflation législative est un phénomène global. Dans l'ancien droit, la loi n'était qu'une expression parmi d'autres du droit. À partir du XIX^e siècle on peut poser l'équivalence *droit=loi*. Cette évolution correspond également à l'avènement progressif de la *démocratie de masse* et du *parlementarisme*. La loi apparaît comme point nodal du droit, tant d'un simple point de vue fonctionnel, que sous l'angle de la légitimité. Appliquer le droit, c'est appliquer la loi, car

la loi, selon la formule issue de la philosophie de Rousseau, est « l'expression de la volonté générale ».

9 6

10 L'herméneutique juridique postérieure à la Révolution française apparaît donc marquée par une forme de mystique de la loi. Cette dernière est fondée, au plan de la légitimité, sur le principe de la démocratie, le peuple étant présumé constituer l'auteur même de la loi, à travers ses représentants. En fait, ce qui se profile, sous couvert d'une mise en place de la démocratie de masse, est la monopolisation croissante du pouvoir par l'État. C'est en ce sens que l'État semble devenir la source exclusive du droit. On parle d'une « positivisation » du droit (Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1980). Néanmoins, la loi ne résout pas tous les problèmes juridiques. La théorie de la pyramide des normes (Hans Kelsen) permet de remarquer le caractère tendanciellement contradictoire de la loi, à travers la question de la conformité des normes inférieures aux normes supérieures (constitution, loi, règlement, etc.). Les autorités inférieures ont une tendance naturelle à s'affranchir de la contrainte des normes qui s'imposent à elles, ce qui implique la mise en place d'un système complexe de contrôles de conformité. Par exemple, le contrôle de constitutionnalité des actes des autorités publiques, issu de la pratique américaine du XIX^e siècle, s'universalise lentement au XX^e siècle, en Europe, puis dans le reste du monde (généralisation de l'institution des Cours constitutionnelles).

11 Dans la tradition méthodologique du droit, l'herméneutique est donc liée aux difficultés concrètes d'application des textes. La loi est le produit d'une élaboration contingente. Elle est rédigée par des auteurs divers, à des moments variés. Cependant, pour l'interprète, elle est présumée constituer un système cohérent. Pour résoudre les difficultés, les interprètes du droit disposent d'une panoplie d'instruments. L'« interprétation grammaticale » est une technique commune à toutes les formes d'herméneutique des textes. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point. Mentionnons que l'interprète effectue aussi un travail lexicographique, voire étymologique, à cause, notamment, des difficultés inhérentes à la technicité du langage juridique. D'une façon plus générale, il faut évoquer le fait que le droit répond aux règles de la logique. La logique juridique est marquée par la tradition syllogistique. Le syllogisme juridique est indissociable de l'application des normes. Tel délit est caractérisé par un certain nombre de critères. Si ces critères sont relevés dans un cas, l'inculpé est considéré comme coupable et doit être condamné. Le droit comporte donc l'usage de méthodes dites « logico-déductives ». Par ailleurs la logique formelle peut être utile pour comprendre les normes juridiques. Les tables de vérités permettent, par exemple, d'analyser une proposition juridique. Les normes juridiques présentent les situations comme définies par des critères conjonctifs, alternatifs ou disjonctifs⁷. À travers les techniques relevant de la logique, on a affaire à une lecture simple des normes juridiques.

12 Les normes juridiques posent de surcroît des problèmes spécifiques, qui résistent à de telles techniques de simple lecture. En principe le système des normes doit permettre de résoudre toute forme de litige juridique. On qualifie de déni de justice le refus par une autorité de trancher une difficulté. Les systèmes de droit proscrivent le déni de justice (pour la France, voir Code civil, article 4⁸). Il en résulte l'axiome de la complétude du système juridique. Une présomption bénéficie donc à la loi, selon laquelle celle-ci comporte une solution appropriée à toute difficulté. C'est sur cette base que le juge doit appliquer les normes juridiques dans des situations paradoxales où le cas est réputé traité par le droit alors même qu'il n'existe pas de solution univoque. On qualifie ce type de

situation de lacune. Au sens large, la lacune caractérise la situation où la loi n'a pas prévu de solution dans un cas soumis au juriste. On peut distinguer trois types de lacunes. L'ambiguïté est qualifiable de lacune d'indétermination. C'est une situation où un système de normes offre plusieurs possibilités de solutions concurrentes. L'antinomie, ou lacune de conflit, caractérise la coexistence dans le système juridique de deux normes ou principes incompatibles et qu'il convient de concilier. On peut enfin qualifier de lacune au sens strict le pur *vide juridique*, la situation totalement imprévue. La réalité pratique est plus complexe que ne laisse entendre cette présentation. Cependant, celle-ci donne un aperçu de l'ensemble du problème.

- 13 Un exemple classique est celui du vol d'électricité. La loi définit le vol comme « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Ce type de définition est antérieur à l'utilisation de l'énergie électrique. Avec la généralisation de la fourniture d'électricité sont apparus des cas de branchement « pirate » sur les réseaux de distribution. La qualification juridique de vol pouvait-elle être appliquée à ce type d'agissements ? Cet exemple permet d'illustrer la résolution du problème des lacunes. D'une façon générale, dans ce type de situation, on a recours à des techniques qui ne relèvent pas de la logique au sens strict. Celles-ci reposent sur le raisonnement par analogie. Un tel mode de raisonnement consiste à traiter la situation par référence à des cas résolus. On peut englober diverses techniques dans cette méthode de raisonnement. Le raisonnement par analogie au sens strict (raisonnement *a pari*) consiste à étendre une solution sur la simple base d'une ressemblance. Par exemple, le vol d'électricité est analogue à un vol d'eau. Une autre forme de raisonnement par analogie est le raisonnement *a fortiori* (ou « à plus forte raison »), qui repose sur l'idée d'une ressemblance accentuée. Par exemple, si on condamne un homme coupable du vol d'une petite somme d'argent, à plus forte raison il convient de condamner un homme coupable du vol d'une grande quantité d'énergie électrique. Une troisième catégorie est le raisonnement *a contrario*, qui repose sur une analogie inversée. La dissemblance exclut le traitement identique des cas. Par exemple, l'électricité n'est pas une chose. Donc le « vol » d'électricité n'est pas un vol au sens juridique du terme. Sur cette base on peut encore distinguer deux types d'interprétation. L'interprétation extensive consiste à mettre l'accent sur la similitude des situations. Par exemple, la protection de la propriété ou de l'activité économique utile à la collectivité exige une interprétation large de la notion de vol. L'interprétation restrictive insiste sur la dissemblance pour restreindre le champ d'application de la norme. Par exemple, le principe de liberté implique que ce qui n'est pas interdit expressément reste autorisé. Le vol d'électricité n'est alors pas punissable, car il n'est pas expressément interdit.
- 14 On voit que les techniques de raisonnement ne permettent pas de résoudre les difficultés au sens où elles peuvent déboucher sur une pluralité de solutions. En fait, la solution juridique repose sur la référence à un principe fondamental qui va justifier l'utilisation de tel ou tel type de raisonnement. Pour reprendre le cas en question, on peut faire prévaloir, par exemple, la propriété comme valeur, la moralité ou l'intérêt commun dans un sens. En un sens inverse, on peut insister sur la liberté individuelle, la protection de l'individu contre l'État, etc. D'une façon générale, dans les situations difficiles, on peut dire que l'arrière plan axiologique ou idéologique est la base essentielle de la solution.
- 15 Dans le développement qui précède ont été vues les techniques d'interprétation. À présent, il convient de traiter de la nature et de la fonction de l'herméneutique juridique. C'est une question classique de la *théorie du droit*. Elle est développée de façon systématique à partir du dix-neuvième siècle, du fait de ce qui a été qualifié plus haut de

« positivisation » du droit, à savoir de la montée en puissance de la loi comme source de droit. Notons que les théories juridiques de l'interprétation comportent deux aspects. En premier lieu, il s'agit d'expliquer le fonctionnement de l'herméneutique juridique, son fondement et son objectif. À côté de cette fonction *explicative*, la théorie juridique de l'interprétation comporte un volet *prescriptif*. C'est ce qu'on appelle la *méthodologie* de l'interprétation, qui examine les techniques et les méthodes d'interprétation, pour fixer des *canons* ou *directives d'interprétation*. En pratique, la méthodologie de l'interprétation varie selon les pays, selon les juridictions, et, bien sûr, selon les écoles de la théorie juridique. Par ailleurs, cette méthodologie se traduit par un ensemble assez flou de règles. Elle est difficilement codifiable. On a pu parler d'un *art*, plus que d'une *science* de l'interprétation. Des textes de droit positif comportant des règles d'interprétation peuvent également exister (par exemple, *Convention de Vienne sur le droit des traités* [1969], article 31 et suivants), mais ils restent rares.

- 16 Les premières théories de l'interprétation de la loi à vocation scientifique sont liées à la *mystique législative* du dix-neuvième siècle. Comme il a été dit, dans cette dernière conception, la loi est réputée émaner du peuple et le juge lui est étroitement subordonné. Du point de vue technique, la loi est également considérée comme rationnelle. L'interprète doit restituer sa cohérence. Cette approche se traduit par une théorie de *l'interprétation systématique* des normes. L'une des sources de cette conception est la théorie philosophique des systèmes de concepts (en Allemagne, influence du kantisme). Selon une telle perspective, le système législatif, dans son application concrète, doit être développé à la façon d'un tel système de concepts. Ce type de théorisation est le produit du mouvement des grandes codifications du XIX^e siècle. Dans la pensée juridique allemande, cette tendance donne naissance à l'école dominante de la théorie juridique de la fin du XIX^e siècle, la *Begriffsjurisprudenz* (littéralement, « théorie juridique du concept »). En France, sur la même base, domine ce qu'on nomme *École de l'exégèse*, qui met l'accent sur la glose méticuleuse et à visée pratique du *Code civil*, qui est alors le système de normes central pour la vie sociale. L'idée même d'« exégèse » constitue un programme, indiquant le respect religieux voué au texte. L'anecdote est restée selon laquelle un tenant de cette école, pour se démarquer de la tradition romaniste, remarquait que son objectif n'était pas l'enseignement du *droit civil*, mais du « Code Napoléon ». En pratique, ce mouvement débouche sur l'exploitation de techniques d'*interprétation systématique*, qui mettent l'accent sur l'interprétation conjointe des dispositions (articles), pour les éclairer les unes au regard des autres. Cette tradition reste encore typique de la pratique actuelle du droit civil, en France ou en Allemagne par exemple. Lorsque les techniques systématiques d'interprétation ne suffisent pas, il est possible de s'appuyer sur la recherche de la *volonté* du législateur. Ici, l'accent est mis davantage sur le volet mystique de l'interprétation que sur la rationalité du droit : les interprètes essaient de travailler au plus près de la *subjectivité de l'auteur* de la norme. L'une des techniques, dans un tel contexte, est l'examen des « travaux préparatoires » de la loi, notamment des débats qui ont précédé l'adoption du texte.
- 17 Au tournant du XX^e siècle, cette tendance commence à faire l'objet de critiques extrêmement vives⁹. C'est le début de ce que l'on nomme en Allemagne le conflit des méthodes (*Methodenstreit*). Cette évolution est liée, notamment, aux *transformations de la société* et, en particulier, au progrès technique. Face aux bouleversements de la vie sociale, les textes issus du XIX^e siècle apparaissent rapidement comme dépassés. Ils cessent de constituer une base solide pour résoudre les questions juridiques. Une autre cause de

cette évolution est l'essor des sciences humaines. La société n'est plus conçue sur le fondement d'une philosophie politique et juridique. Les sciences économique et sociologique se démarquent progressivement des approches juridiques. Le droit ne constitue plus l'explication fondamentale de la société : au plan des sciences humaines, c'est le déclin de la théorie du *contrat social*. Cela explique l'émergence de *théories sociologiques* du droit, aussi bien dans l'univers germanique que dans l'espace francophone ou dans la théorie anglo-saxonne. La conception sociologique de l'interprétation consiste en une critique de la théorie de la volonté de l'auteur comme fondement mystique de l'interprétation. De même encore, les auteurs contestent l'idée d'une rationalité primordiale du législateur. L'élaboration de la loi est rapportée à son contexte historique concret. Le législateur n'a pu décider de la vie de la société pour l'éternité. Du coup apparaît une vision plus pragmatique, moins dogmatique, de l'interprétation. Dans une telle forme d'herméneutique, la loi n'est qu'un instrument pour résoudre les problèmes juridiques. Ce qui prime, pour l'interprète, c'est la satisfaction des besoins sociaux du moment.

- 18 Cette critique de la mystique législative et du rationalisme juridique connaît des formes diverses. En Allemagne, on peut citer la théorie de l'interprétation *objective*, qui s'attaque à la sacralité du législateur comme auteur concret. Cette conception, qui influence la pratique des tribunaux, postule qu'une fois édictée, la loi se détache de son auteur pour mener une vie propre, à travers l'interprétation. Dans la même orientation, il faut évoquer la théorie dite du *droit libre* (en Allemagne, mouvement du *Freirecht*, en France, théorie dite de la *libre recherche scientifique*, représentée par le juriste François Gény [1861-1959]), qui préconise une forme d'émancipation de l'interprète. On peut encore mentionner la *théorie des intérêts*, qui insiste sur l'*interprétation téléologique*, mettant en avant la fonction sociale de la loi. Les théories américaines du droit ¹⁰ évoluent de façon parallèle, sous l'influence de la *Sociological Jurisprudence*. Une forme radicale de l'approche américaine est le *Legal Realism*. Ce courant se caractérise par une critique virulente du rationalisme juridique. Les auteurs considèrent qu'il est illusoire d'imaginer que les techniques classiques d'interprétation expliquent la pratique herméneutique concrète ¹¹. Pour autant, ils ne contestent pas la légitimité de la fonction juridictionnelle. En pratique, cette attitude débouche sur un pluralisme méthodologique. La solution doit être la plus opportune au plan des exigences sociales. Elle doit, notamment, tenir compte des données de la science, comme lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes de type économique ¹². L'un des apports pratiques de ces mouvements américains réside dans l'abandon, en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution des États-Unis, d'une conception économique purement libérale du texte, et l'admission de la constitutionnalité de législations interventionnistes ¹³. Citons enfin, pour l'Allemagne, la *théorie juridique des valeurs* (*Wertungsjurisprudenz*) qui met au cœur de l'interprétation un ordre axiologique représentatif de l'*État de droit démocratique*. Ce dernier courant s'explique comme réaction à l'expérience totalitaire (notion de *dignité de l'homme*, Loi fondamentale allemande, article 1 I).
- 19 Conclusion. – En quoi consiste l'interprétation en droit ? Les tendances critiques ont abouti aux conséquences suivantes. La notion d'*interprétation*, appliquée au droit, apparaît comme contestable. En particulier, les auteurs insistent sur le fait que la loi n'est pas le fondement strict de la pratique juridique. L'interprétation est un phénomène complexe et, pour ainsi dire, *plurifactoriel* (Gérard Timsit, *Les Noms de la loi*, 1991). Par ailleurs, la référence à la loi comme fondement est largement fictive. *L'interprète participe à la*

construction de la norme (Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, 1995). Il ne recherche pas une vérité immuable, mais il réalise une adaptation de la norme au contexte contemporain de l'interprétation (théorie de *l'interprétation dynamique*¹⁴). Cette approche peut déboucher sur l'idée d'une usurpation tendancielle de la fonction législative par l'interprète (c'est la théorie dite du « gouvernement des juges », très commune en France, qui exprime une sorte de *dramatisation* du rapport de l'interprète à la loi). D'autres auteurs sont moins pessimistes sur la fonction de l'interprétation. L'interprétation ne représente pas une substitution de l'interprète à la loi. Cependant, il n'en reste pas moins que la notion même d'interprétation peut apparaître comme douteuse. L'idée d'herméneutique semble renvoyer à la question de la véracité, d'une authenticité ou d'une effectivité de l'interprétation. Une approche sociologique du droit met en valeur le *rôle fonctionnel de l'interprétation* (théorie *fonctionnaliste* du droit). À travers l'interprétation, le droit comme système social réalise une « auto-adaptation » impersonnelle au contexte global de la société. L'interprétation serait le facteur d'une évolution, pour ainsi dire « mécanique », du système juridique sous l'effet de son environnement (Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993)¹⁵. De ce point de vue, il est possible de dédramatiser la question de la relation de l'interprète à la norme. Ce type d'approche laisse entendre qu'on se trouve en un point critique de l'herméneutique juridique. Certains auteurs proposent d'abandonner la notion d'interprétation pour parler plutôt d'*application* des normes, ou d'une *concrétisation* comme processus méthodologique structuré (Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 1990). Ainsi peut-on penser que la théorie d'une herméneutique juridique peut faire place à l'idée, pour ainsi dire, d'une ingénierie casuistique informelle, fondée sur le pluralisme des méthodes, où la loi n'est guère mieux qu'un paramètre contingent.

NOTES

- 1.. L'exemple de Carl Schmitt est intéressant, car il représente une sorte d'*existentialisme politique* directement issu de l'influence de l'herméneutique philosophique. Voir Hugues RABAULT, « Carl Schmitt et la mystique de l'État total », dans *Critique. Revue générale des publications françaises et étrangères*, 2001/654, p. 863-879.
- 2.. Certains partisans de la méthodologie juridique considèrent que la théorie juridique contemporaine comporte une part de *nihilisme méthodologique*, dont on trouve une expression dans le *décisionnisme* ou le *normativisme*. Pour des références, voir Hugues RABAULT, *Granice Wykladni Sedziowskiej* [Les limites de l'interprétation], Scholar, Varsovie, 1997, p. 19.
- 3.. Sur la critique méthodologique qui participe du fondement de la « *théorie pure* » du droit de Hans Kelsen, voir Hugues RABAULT, *L'Interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 41-56.
- 4.. Voir, par exemple, la transcription des textes législatifs et réglementaires dans les entreprises. La *bureaucratie*, selon la théorie de Max Weber, est un phénomène général, caractérisant aussi bien l'administration que l'entreprise ou les partis politiques.

- 5.. De nombreuses légendes circulèrent sur les circonstances de cette « redécouverte ». Sans doute les juristes médiévaux essayaient-ils de la sorte d'occulter l'influence byzantine.
- 6.. En français, voir, par exemple, François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989 ; en anglais, Rupert CROSS, *Statutory interpretation*, London, Butterworths, 2^e édition, 1987. Une littérature importante existe sur le sujet. Pour des indications bibliographiques, voir Hugues RABAULT, *L'Interprétation des normes...*, op. cit., p. 357-369. Pour ce qui concerne les techniques d'interprétation (logique, lacunes, analogie, etc.), voir *ibid.*, p. 361-364.
- 7.. Exemples simplifiés. 1) On qualifie de contrat administratif un contrat entre deux personnes publiques, ou un contrat entre une personne publique et une personne privée, si ce dernier comporte des clauses exorbitantes de droit commun ou a pour objet l'exécution du service public. Cette formule peut être formalisée de la façon suivante : A équivalent à B ou (C et [D ou E]). 2) Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Cette formule peut être formalisée de la façon suivante : A équivalent à B et C et D.
- 8.. « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »
- 9.. Pour une présentation générale en français, voir Jean-Cassien BILLIER ET Aglaé MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, la troisième partie, sur la *crise du droit au vingtième siècle*, p. 141 et s.
- 10.. Sur l'herméneutique juridique américaine, voir Roger COTTERRELL, *The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.
- 11.. Un exemple humoristique et un peu caricatural consiste en ce qu'on appelle *gastrological jurisprudence*. La solution adoptée par le juge s'expliquerait essentiellement par le contenu du repas absorbé avant le jugement. C'est l'idée du fondement essentiellement psychologique de la décision.
- 12.. Voir Nicholas MERCURO/Steven G. MEDEMA, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997.
- 13.. Mouvement qui commence avec une fameuse opinion dissidente du Juge Oliver Wendell Holmes, exprimée dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Lochner versus New York*, en 1905.
- 14.. Par exemple, William N. ESKRIDGE, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994.
- 15.. En français, lire Niklas LUHMANN, *La Légitimation par la procédure* (1968), Sainte-Foy (Québec)/Paris, Les Presses de l'Université de Laval/Les Éditions du Cerf, 2001, *préface* par Lukas S. Sosoe. Niklas Luhmann, représentant d'une *sociologie fonctionnaliste* et d'une *épistémologie constructiviste*, est encore mal connu en France. Pour divers textes de présentation, renvoyons au site *internet* suivant : <http://site.voila.fr/hrabault>.

RÉSUMÉS

L'article met l'accent sur la spécificité de l'herméneutique juridique, par opposition à l'herméneutique philosophique ou religieuse. L'herméneutique juridique a une histoire et des techniques propres. Sa fonction est essentiellement pragmatique. Elle s'explique par la nécessité d'éliminer l'aléa dans la masse des décisions relevant du droit. Elle tend à supprimer la subjectivité de l'interprète et se caractérise donc par l'objectivité et la rationalité. Elle est une expression de l'organisation technologique de la société contemporaine.

Hermeneutics of law have to be distinguished from hermeneutics in philosophy or theology by its history as well as by its techniques. It can be described as a practical tool for a pure pragmatic purpose. Hermeneutics of law is now part of our technological society, where many decisions, as tax law shows, can even be treated by computer programs. It can also be defined as a mean for the necessary elimination of contingency in a complex society.

AUTEUR

HUGUES RABAULT

Hugues Rabault est maître de conférences à l'Université de Metz, auteur, notamment, de *L'Interprétation des normes. L'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris, L'Harmattan, 1997, et d'articles concernant la théorie juridique et politique de Niklas Luhmann et de Jürgen Habermas. Ses recherches portent principalement sur la philosophie de l'État.