

Sur le phénomène d'interprétation

Quelques extrapolations sur la fécondité du rapprochement de l'interprétation en droit et de l'herméneutique philosophique

Résumé

Mineure jusque vers la seconde moitié du XXe siècle, l'interprétation en droit est devenue majeure. Elle a, à telle enseigne, modifié profondément l'agenda théorique de la pensée du droit. Dans le creuset de cette importance gît les conflits d'interprétation, les querelles des techniques et des méthodes d'interprétation. La pensée juridique classique, toujours soucieuse de cohérence et de logique formelle se trouve désappointée. Le juriste crie haro sur le baudet, ce « désordre ». Mais plus qu'un désenchantement, c'est à de nouvelles perspectives que cet « éveil de la conscience interprétative » invite. Le juriste doit repenser son savoir. Encore que cette montée en puissance de la question de l'interprétation déborde la champ juridique pour prendre des allures de paradigme, à travers le célèbrement dénommé « tournant interprétatif ».

Dans ce « procès du sens », l'interprétation en droit peut s'enrichir des apports de l'herméneutique philosophique, et par là s'offrir une « herméneutique intégratrice », au grand dam de la seule recherche d'une volonté d'un législateur problématique ou de la simple recherche de cohérence formelle. L'attente du droit exige bien plus que cela ...

1.- L'interprétation : phénomène d'un double repositionnement

1a. *Le retour du refoulé ou l'éveil de la conscience interprétative en droit*

1b. *L'herméneutique philosophique ou l'interprétation épistémologiquement pris au sérieux*

2.- Risquer des conséquences : l'hypothèse du droit comme connaissance interprétative

2a. *La connaissance du droit : une connaissance herméneutique*

2b. *L'interprétation en droit : une possible fonction sociale*

Sur le phénomène d'interprétation¹

Quelques extrapolations sur la fécondité du rapprochement de l'interprétation en droit et de l'herméneutique philosophique

Pascal JEAN-BAPTISTE²

pascalj88@gmail.com

« *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite ...* »³

0. Un constat pertinent

Les premières pages d'*Interpréter les théories de l'interprétation*⁴ s'ouvrent par un diagnostic fort intéressant. Les professionnels du droit et les justiciables, nous raconte Gustavo Just, sont familiers de deux faits distincts mais complémentaires. D'une part, lors de l'application d'une disposition nouvelle, légale ou constitutionnelle, qui jusqu'alors était appliquée sans polémique, peut surgir une multiplicité d'interprétations, souvent contradictoires, proposées par la doctrine ou adoptée par les juges. D'autre part, ils savent aussi que, tôt ou tard, s'ensuivra la maîtrise de ce conflit. Par un processus décisionnel plus ou moins concentré (la parole, en dernier ressort, d'un organe juridictionnel à se destiner), une seule et unique solution s'imposera ou finira par affecter durablement l'acceptabilité ou la crédibilité des interprétations concurrentes, notamment doctrinales.

Mais au-delà, compétence différentielle oblige, les professionnels du droit sont plus ou moins conscients que cette querelle des interprétations est entretenue par une autre : la querelle des « méthodes » ou « techniques »

¹ Il s'agit d'une communication faite à l'occasion de la **Journée d'étude doctorale internationale** autour de la thématique « **Approche pluridisciplinaire des phénomènes : Réflexions croisées sur les méthodes** », Université Jean Moulin (Lyon III), Lyon 3 février 2017.

² Doctorant en droit, Lyon 3. L'idée de cette contribution doit beaucoup aux travaux de Gustavo JUST sur les théories de l'interprétation. Ces travaux ont d'ailleurs constitué le déclic majeur de cette communication.

³ CARBONNIER, Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10 éd., Paris, 2001, p. 8.

⁴ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, Paris, 2005, 271 p.

interprétatives mise en avant par leur propre communauté d'experts. Cette variété d'interprétations rivales traduit, en partie, les conséquences de positions théoriques et épistémologiques différentes sur le droit. Elles animent la réflexion sur les possibilités de connaissance du droit. À cet égard, la prise de conscience de cette intensité accrue de la pluralité des interprétations et des pratiques ou méthodes interprétatives dans l'expérience juridique contemporaine, a entraîné une modification de l'agenda thématique de la pensée sur le droit. Le thème de l'interprétation est devenu un axe central de la théorie du droit⁵. La problématique de l'interprétation implique aussi celle de la représentation que se font les juristes de leur activité, celle du type de connaissance dont le droit peut faire objet, conduisant sur les rives d'enjeux théoriques généraux et pluridisciplinaires (notamment à l'ensemble des sciences humaines et sociales). Il est intéressant de savoir si l'herméneutique philosophique peut inspirer le droit sur le comment de sa gestion de cette pluralité ou ce conflit des interprétations. Faut-il y voir un obstacle ou un adjuvant à la compréhension?

Si les lignes qui suivent n'ont pas l'ambition de dénouer l'ensemble des problématiques que le phénomène d'interprétation en droit, en lien avec la philosophie herméneutique, implique, elles peuvent néanmoins permettre de générer de nouvelles perspectives, ou de multiplier les angles de vue, sur le type possible de connaissance dont le droit peut faire objet. Il s'agit, à travers la question de l'interprétation, de penser le droit en tant que catégorie *située* et *finalisée* contribuant ainsi à maintenir vivace la question du sens.

1. L'interprétation : phénomène d'un double repositionnement

La montée en puissance de l'interprétation dans la théorie du droit est contemporaine d'un mouvement de pensée plus générale faisant du thème de l'interprétation son axe central. Le développement de la juridiction constitutionnelle pendant la seconde moitié du XX^{ème} siècle va préfigurer l'interprétation comme moment crucial du droit (**1a**). Parallèlement, la question de l'interprétation se trouve au cœur d'une refondation de la pensée générale, expression de ce qu'on appelle le « tournant interprétatif » (**1b**).

1a- Le retour du refoulé ou l'éveil de la conscience interprétative en droit

⁵ *Ibid.* p. 5

L'interprétation est passée de simple question technique à une notion centrale de la pensée juridique. Pendant longtemps, l'interprétation dans le domaine juridique était considérée comme une simple opération technique d'application de la règle du droit, encore que seulement lorsque l'interprète se trouve en présence d'un cas difficile. *Interpretatio cessat in claris*. De l'École de l'exégèse à l'École de la libre recherche scientifique, en passant par l'École historique allemande, l'interprétation n'a pas cessé d'être l'apanage de la dogmatique juridique qu'un véritable concept de la théorie du droit. Les théoriciens du droit semblaient davantage préoccupés par des questions relatives à la théorie de la norme, théorie de la validité, théorie des sources...

Le constitutionnalisme moderne, caractérisé par l'importance effective de la Constitution et l'idée de sa suprématie dans la hiérarchie des normes, a constitué un terreau favorable à la montée en puissance de l'interprétation comme concept autonome dans la théorie contemporaine du droit. La juridictionnalisation de sa suprématie formelle, gage de son rôle « d'échelon le plus élevé du droit positif », pour reprendre Kelsen⁶, mettra en lumière l'importance centrale de l'interprétation dans l'expérience juridique. En effet, la configuration du problème de l'interprétation dans sa forme contemporaine doit beaucoup au développement du contrôle de constitutionnalité⁷. C'est grâce à ce contrôle, en effet, qu'un droit constitutionnel doté de caractéristiques de plus en plus incompatibles avec le formalisme du raisonnement juridique s'impose comme paramètre ultime de la validité de l'ensemble du droit positif et étend son importance dans le fonctionnement de la vie politique et sociale⁸. Notons au passage que la Constitution n'est plus perçue comme un simple instrument juridique. Encore que la structure juridico-constitutionnelle de l'Etat social se superposant à l'Etat libéral du siècle d'avant, va inscrire la Constitution, au-delà d'être un instrument de limitation juridique de l'exercice du pouvoir, dans un projet de transformation de la réalité sociale, perceptible par la

⁶ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, traduction française par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. On note au passage que le thème « interprétation » est mineur dans la pensée de Kelsen. Sur environ cinq cents pages que comportent la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, Paul AMSELEK dénombre seulement onze ayant été consacrées à l'interprétation dans le titre VIII et dernier. Il tire la conclusion que « cet aperçu "quantitatif" laisse déjà penser que Kelsen est resté très à l'écart du "tournant interprétatif" de la pensée philosophique et juridique et qu'il n'a accordé qu'une attention rapide et très superficielle à l'interprétation ». V. AMSELEK, Paul, « L'interprétation dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », in. *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*. Beaulac, Stéphane ; Devinat, Mathieu (Eds). Québec : Editions Yvon Blais. 2011

⁷ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit. p. 34.

⁸ *Ibid.*

constitutionnalisation d'intérêts et de valeurs allant jusqu'à exprimer parfois des conceptions antagonistes de l'Etat, de la société et de l'individu. La consécration de droits fondamentaux sociaux est une figure de cette matérialisation, et complexification, de la Constitution. Cette constatation attire déjà l'attention sur une controverse qui a traversée l'histoire de l'interprétation juridique entre les tenants d'une conception interne, qui estiment qu'appliquer les méthodes et les règles juridiques du système suffit à résoudre un cas, même difficile, tandis que les autres jugent nécessaire l'introduction d'éléments extérieurs à l'ordre juridique pour guider l'interprétation soit quand il est impossible d'opérer un choix entre deux explications possibles sur la base des seuls critères internes d'interprétation, « soit quand celle-ci requiert la considération d'une finalité que le droit positif du moment ne peut fournir à partir des seuls principes d'analyse textuelle. Il s'agit d'une conception externe de l'interprétation impliquant une certaine hétéronomie méthodologique »⁹.

Du « bon législateur » au « bon interprète »

Au-delà de la textualisation des valeurs qu'on retrouve dans la constitution¹⁰, celle-ci embrasse par son contenu des matières qui jusque-là relevaient du domaine d'autres branches du droit. Il y va d'un phénomène de constitutionnalisation du droit. Directement ou indirectement, les problématiques soulevées par le droit constitutionnel naissant, les conceptions de l'interprétation notamment, vont répercuter sur l'ensemble de la réflexion sur le droit.

Le droit constitutionnel est ainsi le domaine où sont apparues d'une façon accentuée, concentrée et incontournable les questions qui précipitent la crise de l'indétermination du droit¹¹. Cette indétermination, réduisant la praticabilité des règles traditionnelles d'interprétation, interroge la fonction de juger, du fait de l'expansion de l'amplitude de création-complémentation de l'interprète, judiciaire notamment. La réflexion sur le droit devient particulièrement sensible à l'importance centrale de l'interprétation dans l'expérience juridique. Ce qui

⁹ BOUCHER, Pol, *Qu'est-ce que l'interprétation juridique ?*, Librairie philosophique J. Vrin, Collections CHEMINS PHILOSOPHIQUES, Paris, 2013, p. 13.

¹⁰ Cf. BRUNET, Pierre, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphane et J.-M Sorel, *Les droits de l'homme ont-ils "constitutionnalisés le monde" ?*, De Boeck, 2011, pp. 245-260.

¹¹ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op.cit., p. 35.

entraîne un déplacement du regard pour le théoricien du droit, du moment législatif vers le moment de l'application et donc de l'interprétation. On évoque, à juste titre, une « modification de l'agenda » opérée par la théorie juridique contemporaine, qui en insistant sur les problèmes posés par l'indétermination, déplace son centre d'attention de la législation vers la décision et l'application, l'interprète et le juge occupant désormais la place auparavant occupée par le législateur comme objet d'analyse¹². Si la théorie du droit n'a pas pour autant abandonné ses anciennes thématiques (la norme, la validité, les sources, etc.), on observe une tendance à rapprocher l'interprétation du centre de l'orientation globale de la pensée juridique actuelle, présupposée ou consciemment articulée¹³. L'accent étant mis sur le caractère interprétatif du droit, et son influence sur la direction prise par les recherches¹⁴. Cet engouement du rejet de la simplification du raisonnement judiciaire relativement à l'interprétation s'effectue dans un contexte théorique et philosophique plus large, lui-même marqué par un anti-formalisme profond.

1b. L'herméneutique philosophique ou l'interprétation épistémologiquement pris au sérieux

Si les origines de l'herméneutique remontent à l'antiquité¹⁵, ce n'est qu'au XXe siècle avec le « tournant interprétatif » qu'elle s'est vraiment érigée en projet épistémologique, c'est-à-dire en problématique de la connaissance ou en théorie générale de la compréhension. En effet, la problématique herméneutique s'est posée de façon pertinente en sciences humaines au moment du déclin de l'idéologie empiriste dans les années 1958 à 1978¹⁶. Selon l'épistémologie

¹² CALSAMIGLIA, Albert, « Postpositivismo », *Doxa*, 21-I, 1998, pp. 209-220. Nous avons consulté l'article de CALSAMIGLIA à l'adresse suivante : www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/postpositivismo-0/. L'auteur soutient la position que le postpositivisme change l'agenda des problèmes en prêtant une attention particulière à l'indétermination du droit. Ainsi, le centre d'attention s'est-il déplacé à l'indétermination et à la solution des cas indéterminés, pp. 2011-2012.

¹³ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, *op.cit.*, p. 46

¹⁴ *Idid.*

¹⁵ On pense notamment au travail d'interprétation des *rhapsodes*, traduisant et exprimant en mots le message de dieux contenus dans les oracles. Platon, en effet, utilise le verbe ἐρμηνεύειν (*hermeneuein*) pour définir leur travail. Les *rhapsodes* récitaient des poèmes épiques qui accompagnent leur chant de la lyre et de la cithare dans la Grèce antique.

¹⁶ OUTHWAITE, Wiliam, « L'actualité du paradigme herméneutique », *Intellectica*, 1998/1-2, 26-27, pp. 135-148. L'auteur soutient la thèse que la problématique herméneutique, conçue en un sens assez large, est primordiale pour toute recherche en sciences humaines et qu'elle a donné lieu aux innovations les plus importantes dans ces sciences, surtout au 20^e siècle, depuis le déclin de l'idéologie empiriste.

empiriste, le concept de science renvoie à un mode unique d'explication : la dérivation sur base de lois générales. L'épistémologie des sciences sociales existait à peine ; dans les manuels, les sciences physiques se posaient en exemple et leurs dernier(s) chapitres traitent des « problèmes » particuliers des sciences humaines et sociales les empêchant jusque-là d'accéder au statut de science dont jouissaient les sciences naturelles¹⁷. Les critiques de la pertinence du modèle « standard » préparaient l'avènement de la réflexion herméneutique, notamment en philosophie de l'histoire. Citant, en effet, Danto (1965), William OUTHWAITE, met en évidence la difficile navigation entre dangers de la fausseté de généralisations et de la tautologie du modèle dominant, lorsqu'il prend l'exemple d'une explication de la Révolution française qui essayait de la déduire de la combinaison de lois générales et de conditions spécifiques (comme quoi tout pays se trouvant dans une telle situation subira une révolution...)¹⁸. L'analyse méthodologique des faits de l'histoire ne consiste pas à dégager des lois générales, à l'instar des sciences de la nature, mais à lire les phénomènes de l'histoire tels qu'ils se révèlent dans leur contexte. Les événements historiques sont ainsi propres à un récit qui donne sens à celui qui l'interprète¹⁹.

Critique de l'idéal positiviste ou le « comprendre »²⁰ pris comme problématique

L'idéal descriptiviste du positivisme rationaliste était surtout caractérisé par la primauté accordée à la syntaxe sur la sémantique, à la « testability » aux dépens du « meaning ». Il s'agissait d'élaborer des cadres conceptuels envisagés comme de simple « copie du monde ». La vérité d'un énoncé ou d'une théorie s'explique par la correspondance avec « la réalité » qui les détermine. Il y va d'une conception de la vérité (objective) dont seule la science, conçue sur le modèle des sciences dures, peut en rendre compte. De sa grandeur au combat de la « vérité révélée », le paradigme positiviste n'a pas moins érigé le dogme de la « vérité objective » au nom de l'objectivité de la connaissance scientifique. L'anti-positivisme décidé de l'herméneutique philosophique, dont le « tournant

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Tel qu'il ressort de la position de l'historicisme avec August Böckh et Broysen, respectivement philosophe et historien, reprenant la pensée de Schleiermacher pour l'appliquer à l'histoire.

²⁰ Si le mot grec grec ἐρμηνεύειν (*hermeneuein*) duquel dérive le mot herméneutique peut littéralement recouvrir trois acceptions à savoir *exprimer*, *traduire* et *interpréter*, c'est en général celle d'*interpréter* qui est retenue. Cf. GONDIN, J., *L'universalité de l'herméneutique*, PUF, 1993, p. 6.

interprétatif » en est l'estampille, est une réaction à cette prétention de vérité-correspondances.

Le « tournant interprétatif » traduit l'adhésion de l'ensemble des sciences sociales à un véritable paradigme épistémologique interprétatif (ou « herméneutique »)²¹. Refusant de réduire l'herméneutique à un ensemble de techniques de recherches d'un sens textuel, Hans-Georg Gadamer élève le comprendre à une structure ontologique du mode d'être humain dans le monde et l'histoire. On pense généralement à la première phrase de la *Métaphysique* d'Aristote : « tous les hommes aspirent par nature à savoir ». Le comprendre n'est pas un mode de comportement de l'être humain, c'est sa manière d'être spécifique -ni plus ni moins que le *Dasein* de Martin Heidegger²². C'est pourquoi dans *Vie et méthode* (1960), toutes les études présentées par Gadamer proposent de discerner l'expérience de vérité dépassant le domaine soumis au contrôle de la méthode scientifique. Elles le font au prix d'une opposition constamment maintenue « à la prétention à l'universalité élevée par la méthodologie scientifique ».

Comme le souligne si bien Gustavo JUST, c'est dans le cadre de la réflexion sur l'autonomie des « sciences de l'esprit » que se construit, dans cette tradition, la notion de compréhension par contraste avec l'explication déployée par les sciences de la nature²³. Au-delà de Dilthey qui proposait un dualisme méthodologique (une méthodologie pour les sciences naturelles et une pour les sciences humaines et sociales), l'enjeu épistémologique posé par Gadamer est bien plus considérable : il ne s'agit plus seulement de libérer les sciences de l'esprit du modèle méthodologique des sciences de la nature, en leur offrant un modèle propre, mais, plus radicalement, de les arracher au concept de vérité sous-jacent à la méthode logico-empirique, de leur reconnaître, non pas

²¹ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit. p. 19.

²² L'élargissement de l'herméneutique au XXe siècle, de l'épistémologie à l'ontologie, a impliqué, à travers les figures de Heidegger, Gadamer et Ricoeur, sa conception non plus seulement comme « une manière de connaître » mais également comme « la manière d'être » de l'homme, qu'ils définissent comme un être interprétant et auto-interprétant. Cf. VULTUR, Ioana, « Présentation » in, *Critique*, Revue générale des publications françaises et étrangères, juin-juillet 2015, pp. 451-452.

²³ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 17.

NB.- Sur le procès *Expliquer/Comprendre*, Ricoeur n'y voit pas d'opposition. Selon lui, pour arriver à la compréhension il faut passer par l'explication. De même chez Gadamer, on peut penser que Comprendre n'exclue pas expliquer puisque pour lui la quête de sens implique de tout explorer.

simplement une méthode spécifique, mais « une idée très différente de connaissance et de vérité »²⁴.

Posant une conception résolument interprétative de la connaissance, trois postulats peuvent fonder le projet épistémologique que poursuit l'herméneutique²⁵ :

- a) La connaissance (celle des sciences humaines, en tout cas) est inséparable de l'interprétation ;
- b) L'interprétation est inséparable de l'application ;
- c) L'interprétation intervient sur la réalité même à interpréter (le caractère créateur de l'acte d'interpréter).

b et c n'étant que la même chose (appliquer c'est interpréter ; pas de schisme possible sinon qu'à des fins pédagogiques).

Il y a lieu de préciser que l'interprétation n'est déjà plus seulement l'affaire de textes mais également l'objet d'action et de comportement. À cet égard, Ricoeur²⁶ parlait déjà de l'extension du concept d'interprétations à des domaines non-textuels de l'expérience humaine impliquant la distinction signification linguistique/signification « expérientielle ».

Parce qu'interpréter c'est actualiser, une dimension créatrice est immanente à l'interprétation, en ce sens que l'objet de l'interprétation ne contient pas l'entier résultat de l'interprétation effectué par l'interprète. Par une dynamique d'appropriation, une plus-value est apportée. La condition herméneutique de l'interprète lui-même importe, en ce sens qu'il s'agit d'un être spatio-temporellement situé. Entre l'objet interprété et l'interprète s'opère un renvoi continu et incessant dont les enjeux sont portés par la praxis présente. C'est en réalité en fonction des questions actuelles que l'interprète interroge son

²⁴ *Ibid.* Citant Gadamer.

²⁵ *Ibid.* p. 20. Gustavo JUST souligne bien reprendre une proposition de Zaccaria relativement à l'énonciation de ces postulats.

²⁶ RICOEUR, Paul, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Editions du Seuil, Paris, 1986. On trouve la même idée dans *Le Conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Editions du Seuil, Paris, 2013.

objet²⁷ (prémisse de la *temporalité* de l'interprétation). Autrement dit, il s'agit de penser l'interprétation comme « l'horizon ouvert de la "potentialité" »²⁸.

2. Risquer des conséquences : l'hypothèse du droit comme connaissance interprétative

Cette double montée du phénomène d'interprétation, sommairement présentée²⁹, tant dans le cadre du droit que de la connaissance pris comme activité interprétative, implique de grandes conséquences³⁰. Il est possible d'extrapoler sur le type de connaissance du droit qu'elle préfigure (**2a**), et sur la fonction sociale de l'interprétation en droit (**2b**).

2a. La connaissance du droit : une connaissance herméneutique

Postuler du caractère herméneutique des savoirs juridiques c'est penser ces savoirs comme des « constructions de production de sens », et par là l'interprétation étant requise, en ce sens qu'il n'y a pas de compréhension immédiate du sens de ces œuvres-là. Par savoirs juridiques, nous entendons la saisie de leur sens, c'est-à-dire de leurs raisons, leur finalité, leur intention, et dans certains cas leurs motifs. Mais une question s'impose : qu'est-ce qui est interprétatif : le droit ou la connaissance sur le droit ? En d'autres termes, la connaissance sur le droit, s'agit-il d'une connaissance de l'interprétatif ou n'est-ce pas cette connaissance qui est elle-même interprétative ? Encore que « l'épistémologiquement correct » exige de distinguer, du moins scientifiquement, la science de son objet³¹. Les deux hypothèses sont

²⁷ JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 20.

²⁸ VIOLA, Francesco, « Herméneutique et droit », in *Archives de Philosophie du droit*, T. 37, 1992, pp. 331-347, p. 341.

²⁹ Nous reconnaissons que le problème de toute synthèse, outre la simplification à grands traits, peut également préjudicier l'évaluation critique d'une perspective assumée. Néanmoins, il n'était pas opportun dans le cadre de cette contribution d'ambitionner l'exhaustivité. Sa critique sera salutaire.

³⁰ Francesco VIOLA souligne que c'est une chose généralement acceptée que les développements récents de l'herméneutique apportent utilement à la pensée juridique. Cf. « Herméneutique et droit », op. cit. , p. 331.

³¹ GESLIN, Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in SERGUES, Bertrand (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016, pp.79-129. Elle propose, en ce sens, de distinguer l'épistémologie juridique de la dogmatique juridique et à la philosophie ou à la théorie du droit. Une différence d'objet où la première porte sur *la connaissance sur le droit* pendant que les autres prennent *le droit* pour objet. p. 86

intéressantes quoique celle de la connaissance du droit elle-même connaissance interprétative sied mieux au paradigme herméneutique, en ce sens que nous postulons la thèse de l'imbrication intrinsèque du droit et de la connaissance sur le droit. Nous considérons, ici, l'épistémologie juridique, la dogmatique juridique, la philosophie ou la théorie du droit, la pratique du droit comme autant d'« expériences de vérité »³² du phénomène-droit. Ainsi, conformément à l'art herméneutique, les seules « méthodes scientifiques » ne peuvent rendre totalement compte du sens du droit. L'interprétation du droit doit être ouverte à toutes les méthodes susceptibles de nous aider à bien comprendre le sens des textes et des choses. La grande *vertu* de la sensibilité herméneutique est celle de l'ouverture au sens, des textes comme choses, et toutes les clefs qui lui permettront d'y deviner quelques chose seront les bienvenues³³. Il est, à cet égard, possible et même nécessaire de dépasser la seule recherche du législateur (passé ou présent) ou la seule prise en compte de de la sémantique d'un énoncé normatif pour en déterminer le sens.

Une autre question soulevée par Francesco VIOLA paraît tout aussi intéressante : « Le droit est-il un monde d'objets à interpréter ou un monde d'interprétations qui se poursuivent à l'infini ?³⁴ » Il renchérit que le choix de l'une ou l'autre des deux faces du dilemme se révèle insatisfaisant, en ce sens que « d'une part il est indubitable que dans les sciences humaines on a toujours affaire à des produits de l'activité herméneutique, avec les interprétations des interprétations, mais il est tout aussi vrai d'autre part que nous avons besoin d'un critère qui ne soit pas exclusivement interprétatif pour distinguer la neuvième symphonie de la sixième ou d'autres morceaux musicaux »³⁵. Il pense que le dilemme est surmonté lorsqu'en reprenant la perspective herméneutique la théorie interprétative repense son concept d'interprétation pour se représenter le droit, et cela non plus comme un texte ou un ensemble de normes ou un complexe de décisions, mais plus fondamentalement comme une « pratique sociale ». Dans ce cas, qu'est-ce qui alors distingue le champ juridique du champ sociologique, si tant est qu'ils soient distincts ? Le droit, doit-il se résoudre à n'être qu'une sous-discipline de la sociologie ? Il avance la thèse de l'identité propre de cette pratique sociale

³² Expression elle-même gadamérienne.

³³ GRONDIN, Jean, « La sensibilité herméneutique », *op. cit.*, p. 459.

³⁴ VIOLA, Francesco, « Herméneutique et droit », *op.cit.* p. 338

³⁵ *Ibid.*

qu'une théorie juridique doit être capable d'analyser, analyse qui sera purement « juridique » et non simplement sociologique.

Une autre hypothèse d'évacuation de ces dilemmes serait de joindre la perspective herméneutique à la thèse constructiviste de la connaissance où la relation sujet-objet semble être sur la même longueur d'onde. En effet, Le constructivisme partage avec la paradigme herméneutique la critique d'une réalité ontologique « objective ». L'hypothèse fondatrice du constructivisme est de voir l'élaboration de la connaissance comme un acte de construction de représentations intelligibles, forgées par des humains pour donner un sens aux situations dans lesquelles ils se trouvent³⁶. Tout comme la critique de la philosophie herméneutique du savoir objectif des Lumières ou de l'idéal descriptiviste positiviste, cette hypothèse rend inadéquate la notion de vérité absolue dans laquelle la connaissance est censée correspondre exactement au réel tel qu'il est en lui-même. Une critique commune de la « réalité du réel ». Cependant, une fois cette réalité objective mis hors-jeu et la fameuse « neutralité axiologique »³⁷, seul gage d'une connaissance objective et par là universelle, interrogée, le relativisme, le « *tout se vaut* » semble être la seule issue possible. Et pourtant... On pense d'abord à la leçon politique à tirer des analyses de Fish qui n'est pas tant une revendication de liberté interprétative qu'une reconnaissance du caractère conditionné de toute interprétation³⁸. L'autocritique ou la conscience de sa propre contextualisation (*qui parle ?* et *où ?*) constitue déjà un premier rempart. Cette introspection n'est cependant pas référence à soi seul car le "soi" du chercheur est enserré dans le réseau que forme la communauté de ses pairs³⁹. Enfin, le constructivisme pose un étalon de mesure lorsqu'il fait référence à la dimension éthique, en ce sens souligne Jean-Louis LE MOIGNE que *la valeur d'une connaissance pour un sujet*

³⁶ AVENIER, Marie-José, « Les paradigmes épistémologiques constructivistes : post-modernisme ou pragmatisme ? », *Revue Management et Avenir*, No 43, 2011, pp. 372-391, p. 376.

³⁷ GESLIN Albane met ici en évidence les travaux d'Isabelle Kalinowski (« Leçons wébériennes sur la science et la propagande », in M. Weber, *La science, profession et vocation*, Agone, 2005, pp. 191-198) sur un sérieux toilettage de la réception de la notion "Wertfreiheit" traduit par « neutralité axiologique ». Voir GESLIN Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, note 83.

³⁸ FISH, Stanley, *Quand lire, c'est faire*, Editions des Prairies ordinaires, Paris, 2007. Voir en particulier CITTON Yves, « Puissance des communautés interprétatives », p. 8.

³⁹ GESLIN, Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *op. cit.*, p. 118.

*connaissant dépend en pratique de son appréciation des conséquences des actions qu'il élabore en se référant consciemment à cette connaissance*⁴⁰.

Il nous paraît possible de comprendre le droit comme *œuvre de l'esprit* objectivée dans le monde de la vie (institutions, règles, actions, théorie, etc.). La connaissance, ou mieux la compréhension, de cette œuvre devient alors la résultante d'une co-émergence d'un sujet et du droit pris comme objet, dans le cadre d'une activité cognitive. Ce quelque chose que nous appelons droit est ici pré-compris comme « à la fois devoir-être social et réalité sociale », postulat d'une « duplicité épistémologique du phénomène juridique »⁴¹. La connaissance, ou encore l'explication compréhensive, du phénomène juridique est inséparable du « contexte »⁴² dans lequel elle se déploie. Si bien que les éléments mobilisés en quête de cette connaissance doivent prendre en compte des éléments extra-juridiques, si tant est qu'il existe une spécificité du juridique connaissable⁴³. L'interprétation du droit ou d'une disposition juridique ne doit pas être dissociée de la fin du droit lui-même au profit d'une simple rigueur formelle. Ce qui implique que l'interprétation juridique ne doit pas sacrifier l'exigence de légitimité (du sens) sur l'autel de la cohérence formelle ou de la scientificité (axiologiquement neutre, alors que même que le droit est valeur). C'est cette quête de sens par tout moyen (considéré comme méthode scientifique ou non) que nous qualifions d'« herméneutique intégratrice ».

2b. L'interprétation en droit : une possible fonction sociale

Le syllogisme judiciaire mise à mal

Avec la montée en puissance de l'interprétation dans la théorie comme dans la pratique du droit, et encore plus particulièrement dans la tradition herméneutique, c'est la nature de la rationalité juridique, du raisonnement

⁴⁰ LE MOIGNE, Jean-Louis, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ? PUF, 2007, p. 71-72.

⁴¹ PERRIN, Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979, p. 14. L'auteur souligne que le phénomène juridique est pour partie dans le devoir être social et pour partie dans la réalité sociale. Il précise que si le premier plan est « dogmatique », et appartient à l'histoire des doctrines politiques et juridiques, le deuxième plan est sociologique. Les deux plans ne doivent cependant être séparés que pour être immédiatement remis en relation. « Le droit se situe précisément à la charnière du socialement « imaginé » et du socialement « pratiqué ».

⁴² La notion de contexte est ici entendue comme catégorie large et non plus seulement comme cadre spatio-temporelle. Elle mobilise des réalités multiples : théorique, socioculturelle, idéologique, disciplinaire, etc. Et fidèlement à la tradition herméneutique, le contexte est une réalité interprétée.

⁴³ Les auteurs, à la suite de Hart, parlent çà et là de « regard externe », de « regard externe modéré », de mobilisation de matériaux inter-pluri ou multidisciplinaires.

juridique qui est interrogée. Le formalisme du raisonnement purement déductif, axiologiquement neutre et mécanique à partir d'un énoncé normatif est malmené. Le caractère plus ou moins indéterminé des énoncés normatifs est reconnu. Le processus d'obtention des décisions étant logiquement affecté. Il s'ensuit qu'il relève d'un raisonnement dont les prémisses ont été soigneusement élaborées par l'interprète (par l'ajout notamment de jugement de valeur). L'image de la méthodologie formaliste caractérisée par la *linéarité*, *hiérarchisation* et *compartimentation* fait place à de la *circularité herméneutique* et de la dialectique du processus décisionnel⁴⁴. Cette circularité herméneutique implique qu'il n'y a pas la construction parallèle de deux prémisses, l'interprétation de la disposition et qualification des faits, qui ne se rencontreraient qu'au moment de la confrontation des résultats spécifiques pour les fins de la subsomption. Le plan de la prévision légale et celui de la qualification se construisent simultanément et non successivement⁴⁵. Il y a alors un incessant va-et-vient du regard entre significations possibles de la norme et qualifications possible de la situation matérielle⁴⁶.

L'attente de droit et l'interprétation

Mais c'est également à la fonction d'intégration sociale du droit qu'une réflexion sur l'interprétation peut également conduire. En effet, à travers les décisions judiciaires se joue la problématique de l'articulation entre une justification interne (dont le critère est la cohérence) et une justification externe (dominée par une certaine attente de droit). Habermas a bien mis en évidence cette tension lorsqu'il souligne que les jugements rendus doivent en même temps remplir les conditions d'une décision cohérente et celle d'une acceptabilité rationnelle⁴⁷. Si le droit se voit conférer une fonction sociale, incluant d'assurer l'ordre et la poursuite d'intérêts communs, les normes devront être interprétées du point de vue de leur adéquation au but poursuivi.

Si nous considérons les énoncés juridiques comme des signes (équivoques). Dans le cadre du procès juridique, l'interprétation a des hantises :

⁴⁴ JUST, Gustavo, « La "jurisprudence herméneutique" et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Droits* 2004/2 (No 40), (pp- 219-243), p. 222.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.* p. 223.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, 1997, p. 218-219.

celles de la mésinterprétation, celles du « faux sens »⁴⁸. La problématique de l'équivocité du signe révèle encore la question du type de connaissance dont le droit peut faire objet. Le signe sur l'étude duquel repose l'interprétation peut s'entendre différemment, voire concurremment⁴⁹. Entre une conception du signe-expression soutenant une science du droit du côté du modèle explicatif (l'entreprise étant de décodage des signes) et une conception du signe-indice qui rattache la science du droit au modèle compréhensif des sciences humaines (déchiffrage des signes), la rigueur logique et une certaine attente de justice peuvent ne pas toujours se concorder. « L'enjeu du dit du droit n'y est donc pas uniquement de l'ordre de la connaissance (le schéma question réponse) mais de l'ordre de la reconnaissance (le schéma appel-réponse) ... »⁵⁰. C'est en réalité l'hypothèse du refus d'une application algorithmique du droit qui est ici sous-entendue.

En guise de conclusion

Jusque-là, nous n'avons pas tenté une définition générale de l'interprétation, même pas stipulative. Ce qui n'est pas nécessairement l'expression d'un manque de rigueur, mais plutôt un désir de maintenir audible le propos. L'interprétation, en effet, nous paraît comme ces « concepts instables », tel que le droit, devenant inintelligibles à partir du moment où on tente de les enfermer dans une définition. Encore que dans la tradition herméneutique, l'interprétation est elle-même une interprétation. Une telle posture quelque peu déconcertante porte malgré tout une ambivalence féconde pour la critique. En effet, vouée à l'interprétation, la sensibilité herméneutique sait que plusieurs interprétations sont possibles et, que cette pluralité fait partie de son ADN, que ce n'est pas très étonnant que l'herméneutique elle-même fasse l'objet d'autant de lectures, antinomiques parfois⁵¹.

Gustavo JUST souligne que Gadamer lui-même ne livre pas une notion définissable d'interprétation, moins par la réserve de l'herméneutique philosophique à l'égard de la conceptualisation que par l'impossibilité même de

⁴⁸ PIERRON, Jean-Philippe, « Une herméneutique en contexte : le droit », *Methodos*, 13/2013, <http://methodos.revues.org/3040>

⁴⁹ *Ibid.* (para 5)

⁵⁰ *Ibid.* (para 2)

⁵¹ GRONDIN, Jean, « La sensibilité herméneutique », *op. cit.*, p. 453.

délimiter l'interprétation de son corps théorique⁵². Mais pour que la critique soit féconde, un seuil minimal peut servir fil d'Ariane : l'interprétation comme la dynamique d'un triptyque sujet/objet/sens où la conception de chacun de ces éléments et du sens de leur dynamique configureraient déjà une conception de l'interprétation⁵³.

In fine, l'herméneutique peut contribuer à renforcer l'interprétation en droit, notamment si cette dernière prend au sérieux le rejet de deux grandes tentations :

1) La tentation mono-méthodique (l'idée d'une seule méthode pour interpréter correctement: l'exclusivité herméneutique). Un type d'interprétation ne doit pas être privilégié au détriment des autres afin d'apprécier le rayonnement du sens à comprendre. Le droit (son interprétation) implique, pour sa compréhension, simultanément la prise en compte de la sociologie, de l'histoire critique, de la phénoménologie, de la psychanalyse, de l'émotion, de la passion, etc.

2) L'excès de rigueur méthodologique. Il doit y avoir de la place pour une intuition subite, un pressentiment, un soupçon, un dialogue qui aide vraiment déchiffrer le sens. L'herméneute du droit ne doit pas manquer d'être « artiste » quand il le faut, d'autant plus que la « duplicité épistémologique » (fait et devoir-être) du droit impose d'affronter des questions non nécessairement prévues. Autrement dit, le droit ne vaut pas seulement par son passé ou son présent, il vaut surtout pour l'avenir. Dans cette perspective, il nous faut sentir à quel point la séparation rigide entre la description et la prescription doit être relativisée, notamment lorsque l'herméneute envisage le droit en tant que catégorie située et finalisée.

Enfin, en science comme ailleurs, notre vécu est celui de la compréhension des choses. Nous sommes des êtres de sens, donc de sensibilité herméneutique (*homo hermeneuticus*)⁵⁴. L'herméneutique est alors, « *un sens du sens des choses ouvert et attentif à tout ce qui est sensé* »⁵⁵.

⁵² JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, op. cit., p. 19

⁵³ *Ibid.* p. 50.

⁵⁴ GRONDIN, Jean, « La sensibilité herméneutique », op. cit., p. 463.

⁵⁵ *Ibid.*