

EN MARCHÉ DERRIÈRE HART...

RETOUR SUR LES DÉSACCORDS GÉNÉRÉS PAR L'IMPRÉCISION TERMINOLOGIQUE DES TEXTES NORMATIFS

Franck HAID

Maître de conférences, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)

Abstract: *Introducing the concept of 'open texture', H. L. A. Hart highlighted one of the main difficulties in applying normative texts: disagreements generated by the inevitable vagueness of terms used to formulate these texts. In this contribution, we propose to reconsider this observation, which will lead us to clarify it in order to confirm it, but also to continue modestly the analysis of the Oxford master by trying to understand better the vagueness of the terms and its consequences in the resolution of the disagreements it gives rise to.*

Personne ne saurait nier que le contenu des textes normatifs, ou plus précisément la détermination de ce qu'ils prévoient exactement, représente l'une des principales sources des désaccords relatifs à l'application du droit. Les controverses doctrinales ou les passes d'armes devant les plus hautes juridictions nous le montrent, nombre de désaccords sont cristallisés autour de ce que ne précisent pas les textes normatifs ou sur le sens à donner à certaines des indications qu'ils livrent expressément. Dans le premier cas, les textes manquent de précision; dans le second, c'est l'imprécision des termes de ces textes qui pose difficulté.

C'est sur ce second point que Hart souhaite s'arrêter dans son étude de la « texture ouverte »¹. Pour ce faire, il décide de surligner une évidence, mais une de ces évidences qui ne saute aux yeux qu'une fois qu'elle nous a été montrée: tous les mots utilisés pour rédiger les règles de droit sont en partie imprécis, recèle une part d'imprécision, tout comme du reste tous les mots que nous employons pour formuler nos phrases dans la vie de tous les jours. Or, si l'on peut convenir que cette imprécision terminologique n'empêche nullement la communication entre les personnes, elle pose bien plus de problèmes lorsqu'il ne s'agit plus uniquement de comprendre un énoncé, pour éventuellement y répondre, mais lorsqu'il s'agit d'appliquer cet énoncé (on le suppose alors prescriptif), que ce soit à sa propre conduite ou pour trancher un litige.

¹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. Van de Kerchove (*The concept of Law*, 1961), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155-188.

Le point de départ de la réflexion de Hart est un constat : à partir d'un certain nombre d'individus, il n'est plus possible d'organiser le contrôle social autour de directives particulières adressées séparément à chacun d'eux. Il est nécessaire de recourir à des catégories. Pour Hart, le droit vise ainsi des catégories de personnes, d'actes, de choses et de circonstances.

Or, les termes que notre langage propose pour désigner ces catégories recèlent tous par nature une part d'imprécision. Hart prend l'exemple désormais célèbre d'une interdiction d'accéder à un parc en véhicule pour montrer que si un terme comme celui de véhicule désigne sans aucun doute, sans désaccord possible, certains objets, et notamment une automobile, il existera, à côté de ces cas évidents d'application de la règle, des cas dans lesquels le fait de savoir si le terme s'applique ou non sera source de doutes et, par conséquent, de potentiels désaccords. Hart cite l'exemple de patins à roulettes qui pourraient, selon le point de vue adopté, être ou ne pas être considérés comme un véhicule.

Ces désaccords générés par la « texture ouverte » sont parfaitement raisonnables, par opposition à des désaccords déraisonnables qui reposeraient, par exemple, sur la mauvaise foi d'une des parties au débat. Il existe, en effet, dans les cas douteux causés par la « texture ouverte » à la fois des raisons de retenir le terme pour qualifier la situation de fait et à la fois des raisons de ne pas le faire.

Mais, l'analyse de Hart ne se contente pas de mettre en lumière les difficultés d'application liées à l'inévitable imprécision terminologique des textes normatifs. Elle prend également le temps d'en mesurer le principal avantage : celui de permettre à l'auteur d'une règle de droit de renvoyer aux choix ultérieurs d'une autorité de décision les questions auxquelles il ne voudrait répondre ou auxquelles il ne saurait répondre adéquatement au moment de l'élaboration de la règle.

En permettant cela, l'imprécision terminologique évite à l'auteur de la règle de droit de se frotter à une tâche impossible : celle d'envisager, dès l'élaboration de cette règle, toutes les hypothèses de fait qu'elle aura à trancher. L'entreprise serait, en effet, vouée à l'échec car, comme le résume très joliment Hart, « nous sommes des hommes et non des dieux ».

De manière plus pragmatique, l'imprécision terminologique représente surtout pour l'auteur d'une règle de droit un outil important dans la recherche du compromis qu'il doit systématiquement réaliser entre la sécurité juridique que doit offrir la règle et la souplesse nécessaire à une juste et raisonnable application du droit².

En écrivant cela, Hart décrit magistralement ce que sont les désaccords générés par l'imprécision des textes normatifs. Ne pouvant complètement être écartés, ils peuvent en partie être anticipés et se présentent, par conséquent,

² *Ibidem*, p. 162.

comme le prix à payer pour assouplir une règle de droit en vue d'en permettre une meilleure adaptation aux réalités factuelles.

Mais, si Hart dévoile ainsi une bonne partie des enjeux du dosage de l'imprécision terminologique des textes normatifs sur leur application, il laisse le théoricien curieux devant de multiples interrogations. Son analyse nous conduit notamment à nous demander dans quelle mesure il est réellement possible pour l'auteur d'une règle de droit d'en doser l'imprécision terminologique vu que celle-ci est, en définitive, inéluctable. Elle nous invite également à nous interroger sur la nature de l'acte qu'est censée réaliser l'autorité de décision lorsque les désaccords surviennent du fait de cette imprécision.

Pour apporter quelques éléments de réponse à ces interrogations, nous les envisagerons ici sous l'angle de la linguistique juridique, c'est-à-dire en essayant d'utiliser les enseignements de la linguistique pour mieux comprendre le phénomène juridique mis en lumière par Hart dans son étude de la « texture ouverte ». Nous le ferons en revenant, dans une première partie, sur l'imprécision terminologique des textes normatifs, source majeure des désaccords relatifs à l'application du droit (I). Puis, nous aborderons la question de la résolution des désaccords générés par cette imprécision (II).

I. L'imprécision terminologique, source majeure des désaccords relatifs à l'application des textes normatifs

Pour mieux évaluer dans quelle mesure l'auteur d'une règle de droit peut tenter d'en doser l'imprécision terminologique et réduire ainsi les désaccords potentiels relatifs à son application, il nous faut, en premier lieu, définir l'imprécision terminologique et étudier ses causes (A), avant d'en envisager le délicat dosage par l'auteur de la règle (B).

A. L'imprécision terminologique : éléments de définition et causes

Si l'imprécision terminologique des règles de droit constitue l'une des sources majeures des désaccords raisonnables relatifs à l'application de ces règles, c'est tout simplement parce que l'imprécision terminologique implique ontologiquement des doutes raisonnables.

La définition de l'imprécision s'articule, en effet, autour de la notion de doute. L'imprécision d'un terme dépend des doutes qu'il est susceptible de faire naître dans son usage ou dans sa compréhension, de la fréquence à laquelle ces doutes sont susceptibles de se présenter.

Les philosophes du langage s'accordent ainsi généralement pour considérer que la mesure de l'imprécision d'un terme (ou d'une expression linguistique) est proportionnelle au nombre de doutes qu'il peut générer lorsqu'il s'agit de savoir quelles situations ou quels objets sont désignés par le terme en question parmi toutes les situations ou tous les objets pouvant être envisagés.

Charles Sanders Pierce, logicien et mathématicien américain écrivait déjà, à ce propos, en 1902, dans le *Dictionary of philosophy and psychology*, qu'une proposition est imprécise lorsqu'il existe des situations possibles pour lesquelles il est « intrinsèquement incertain » pour celui qui observe la situation, de savoir si elle est ou non visée par la proposition. Cette incertitude doit, selon Pierce, être intrinsèque, autrement dit: elle ne doit pas être la conséquence d'une ignorance de l'interprète, que cette ignorance soit relative à la connaissance des éléments de la situation à qualifier ou à la signification exacte de la proposition en cause³.

Pour un discours descriptif, l'imprécision terminologique constitue donc une limite à la vérifiabilité complète des énoncés. Ainsi, vérifier qu'une centaine d'objets donnés sont ou ne sont pas carrés soulèvera en principe moins de désaccords que de vérifier si chacun de ces objets peut être considéré comme lourd; le deuxième adjectif étant bien plus précis que le premier.

Pour un discours prescriptif, tel le discours juridique, l'imprécision terminologique de la règle représentera un obstacle à la subsumation de cas d'espèces particuliers et concrets sous le cas d'espèce abstrait préfiguré par une disposition.

L'imprécision n'est donc pas une qualité qu'un terme a ou n'a pas, elle est inhérente à tous les termes⁴. Comme l'écrit Hart, elle est inévitable. Elle peut certes fortement varier d'un terme à l'autre, d'une expression linguistique à une autre, et même se révéler très faible, mais elle reste inéluctable.

La cause de ce caractère inéluctable de l'imprécision terminologique réside dans la relation d'inadéquation qui unit les énoncés d'une langue donnée à la réalité qu'ils doivent exprimer.

Le philosophe Adam Schaff l'explique parfaitement lorsqu'il écrit que :

« les signes verbaux sont imprécis non en raison de leur imperfection (ce qui suggérerait la possibilité de pouvoir y remédier par des moyens techniques qui l'élimineraient), mais parce qu'il y a une relation d'inadéquation

³ C. S. Pierce, « Vague », in *Dictionary of philosophy and psychology*, London, 1902, p. 748, cité par R. Sorensen, « Vagueness », in *Stanford encyclopedia of philosophy*, 1997 (disponible sur internet: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/>).

⁴ Pour être plus précis, il convient de remarquer que c'est la signification des termes qui est imprécise et non les termes eux-mêmes. Il est toutefois d'usage d'attribuer directement, par métonymie, cette imprécision aux éléments linguistiques, C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 7.

entre la division rigide, qui classe à un certain point de vue les phénomènes réels, et cette réalité elle-même, laquelle par sa variabilité et le passage d'un état à un autre, d'une forme à une autre, déborde le cadre de toute classification rigide »⁵.

Autrement dit : les mots sont condamnés à ne donner qu'une idée imprécise de la réalité parce qu'ils n'ont d'autres possibilités que d'enfermer le réel dans des limites qui ne pourront jamais en épuiser toutes les nuances.

B. Le délicat dosage de l'imprécision terminologique des textes normatifs

Bien que l'imprécision terminologique soit inévitable, y compris pour l'auteur d'une règle de droit, ce dernier peut dans une certaine mesure la doser par le choix des mots qu'il retient pour formuler la règle, mais aussi par le recours à des techniques de définitions.

Ce faisant, l'auteur de la règle de droit peut parvenir à limiter les désaccords futurs.

Pour cela, il lui faut garder à l'esprit que l'imprécision d'une expression linguistique dépend avant tout de la nature de l'appréciation que le destinataire du message contenant cette expression doit réaliser pour la comprendre.

Plus cette appréciation doit s'appuyer sur des traits d'identification objectifs, voire scientifiques, plus elle relève du constatable, de l'observable, plus le terme ou l'expression linguistique est précis. Ainsi, dans notre exemple précédent, l'adjectif carré se révèle très précis car il s'appuie sur une définition mathématique. De la même manière, articuler la définition de la majorité autour de la notion d'âge permet d'en faire un terme juridique très précis.

À l'inverse, moins la détermination et l'application de ces traits d'identification reposent sur des éléments objectifs, plus l'appréciation à réaliser relève du domaine de l'évaluable, de l'estimable, plus le terme ou l'expression linguistique est imprécis.

C'est la raison pour laquelle des termes comme péril, faute, urgence ou encore une expression linguistique comme motifs graves s'avèrent, en l'absence de définition, si porteurs de désaccords potentiels.

Ces remarques sur l'importance de la nature de l'appréciation qu'exige le mot pour être correctement compris sont, bien entendu, non seulement à prendre en compte pour choisir en connaissance de cause les termes de la règle de droit,

⁵ A. Schaff, « Les expressions vagues et les limites de leur précision », in *Langage et connaissance suivi de six essais sur la philosophie du langage*, Paris, Anthropos, 1973, p. 236.

mais aussi si l'auteur de la règle tente de préciser certains de ses termes par le biais d'une définition. L'emploi de techniques définitoires constitue, en effet, un levier important dans le dosage de l'imprécision des termes, mais un levier à manipuler avec précaution car les mots que l'auteur d'une règle pourrait employer, au sein d'une définition, pour dissiper les zones d'obscurité d'un terme, sont soumis aux mêmes lois linguistiques que n'importe quel autre terme : ils font inévitablement naître de nouvelles zones d'obscurité, normalement moins vastes, mais toujours présentes, en reposant à l'étage inférieur des questions de même nature que celles auxquelles ils répondent à l'étage supérieur.

Au-delà de la précision de ses termes, l'efficacité d'une définition posée par l'auteur d'une règle de droit dans la limitation des désaccords qu'elle est susceptible de générer dépend de la faculté de l'auteur de la règle à anticiper ces désaccords futurs et à les trancher clairement par d'autres mots ou même par le recours, lorsque cela est possible, à des chiffres, comme le montre l'exemple de la définition de la majorité. Autant dire que la tâche n'est pas simple et que la marge de manœuvre peut parfois s'avérer très étroite.

La tentative de limitation des désaccords potentiels par l'auteur d'une règle de droit se révèle d'autant plus compliquée que celui-ci ne peut ignorer qu'il ne saurait s'agir pour lui de mener une course à la précision à tout prix.

Offrir aux justiciables un maximum de sécurité juridique reste, certes, l'un de ses objectifs premiers dans l'élaboration de la règle, et la poursuite de cet objectif exige une certaine précision des termes de cette règle. Mais, comme l'explique Hart, le droit a également besoin dans certains domaines ou sur certaines questions de règles souples, pouvant être appliquées à des situations très diverses par l'intermédiaire d'une autorité mieux placée pour en préciser les zones d'ombre au cas par cas.

À cette fin, l'imprécision terminologique recèle des avantages pour l'auteur de la règle qui peut, grâce à elle, laisser certaines questions en suspend soit parce que ces questions sont trop nombreuses pour être évoquées en détail dans la règle, soit parce qu'elles ne peuvent être appréciées à leur juste valeur au moment de l'élaboration du texte normatif et semblent ne pouvoir être résolues de manière adéquate que lorsqu'elles se poseront dans le cadre d'une situation concrète.

Cet avantage vient compenser les trois handicaps dont souffre l'auteur d'une règle au moment de son élaboration : tout d'abord, son incapacité à envisager tous les cas de figure susceptibles de se présenter ; ensuite, son incapacité à anticiper toutes les évolutions de la société qui pourraient à l'avenir concerner la règle actuellement en cours d'élaboration ; et, enfin, sa difficulté à envisager dans

le texte normatif toutes les nuances factuelles qui justifieraient une différence de traitement par le droit.

L'imprécision terminologique permet à l'auteur de la règle de dépasser ces handicaps en renvoyant à une autorité de décision le soin de trancher les désaccords raisonnables au moment le plus propice à la compréhension du sens des mots, c'est-à-dire au moment de leur application à une situation de fait concrète. Mais, cette autorité ne saurait pour autant se considérer comme entièrement libre de fixer le sens des mots qu'elle est chargée d'appliquer car même les mots les plus imprécis lui enjoignent d'envisager un certain nombre d'arguments pour résoudre les désaccords qu'ils génèrent du fait de leur imprécision.

II. La résolution des désaccords générés par l'imprécision terminologique

La résolution des désaccords générés par l'imprécision terminologique des règles de droit réside donc, comme nous venons de le voir, dans les mains des juges ou parfois d'autres autorités de décision. Il ne semble plus nécessaire désormais de convaincre les juristes de l'importance du pouvoir d'appréciation qui leur est ainsi reconnue, ni d'insister sur le rôle capital que l'exercice de ce pouvoir leur attribue dans la vie et la construction du phénomène juridique. Hart évoque à plusieurs reprises ce pouvoir d'appréciation précisant que celui-ci implique une fonction créatrice.

La question de la liberté dont disposent l'autorité de décision pour remplir ce rôle reste, quant à elle, très controversée. Plutôt que de revenir ici sur ce débat sans fin, il nous paraît plus intéressant de souligner que la nature des mots n'a pas que des conséquences sur l'apparition de désaccords lors de l'application de la règle, mais en a également sur la voie à suivre pour résoudre ces désaccords. Certes, tout interprète peut, à l'instar d'un personnage de Lewis Carroll, décider de faire abstraction des injonctions que lui adressent les mots pour être compris au mieux⁶. Mais, cela ne signifie pas pour autant que ces injonctions n'existent pas.

Ces injonctions adressées au destinataire du message sont de deux ordres. Certaines sont liées aux mots eux-mêmes puisque ceux-ci livrent toujours, même lorsqu'ils sont très imprécis, des indications sur leur sens : des frontières terminologiques floues ne doivent, en effet, pas être confondues avec une absence de

⁶ « Quand moi, j'emploie un mot [déclare Humpty Dumpty d'un ton assez dédaigneux] il veut dire exactement ce qu'il me plaît qu'il veuille dire... ni plus ni moins. - La question [répond Alice] est de savoir si vous pouvez obliger les mots à vouloir dire des choses différentes. - La question [réplique Humpty Dumpty] est de savoir qui sera le maître, un point c'est tout ». L. Carroll, *De l'autre côté du miroir*, 1871, traduit en français par J. Papy, in *Alice au pays des merveilles. De l'autre côté du miroir* (Édition de J. Gattégno), Paris, Gallimard, 1994, p. 274-275.

frontières terminologiques (A). Une deuxième série d'injonctions découle du fait que tous les mots réclament un multiple éclairage contextuel pour être compris au mieux. La nécessaire contextualisation des termes justifie ainsi, du point de vue linguistique, les liens entre interprétation et argumentation juridiques (B).

A. *La distinction entre frontières terminologiques floues et absence de frontières terminologiques*

Livrant un premier aperçu de l'ampleur des désaccords que peut générer une imprécision terminologique élevée, certains termes ou expressions linguistiques aux limites particulièrement floues peuvent paraître totalement dépourvues de frontières sémantiques. Le « paradoxe du sorite » (ou paradoxe du tas de grains), dont la paternité est généralement attribuée au philosophe grec Eubulide de Milet, est à l'origine de cette impression⁷. Dans sa version la plus connue, ce paradoxe, régulièrement évoqué par les théoriciens du droit anglais et américains abordant le problème de l'imprécision des termes juridiques⁸, semble démontrer qu'il est impossible d'obtenir un tas de grains en ajoutant un grain de blé à la fois à partir d'un grain de départ, ce qui reviendrait à affirmer que l'expression « tas de grains » n'a pas de véritables frontières sémantiques. Seulement, ces conclusions ne sont en fait que le résultat d'une illusion d'optique, ce paradoxe permettant juste de souligner combien il est délicat de déterminer les limites d'un terme ne renvoyant que dans une très faible mesure à des éléments d'appréciation objectifs et combien il est important, dans ce cas, de se référer au contexte.

Fondé sur des prémisses manifestement vraies, le « paradoxe du sorite » aboutit à une conclusion défiant toute certitude. Il part d'un postulat incontestable : un grain de blé ne constitue pas un tas, si l'on ajoute un autre grain, nous n'avons toujours pas un tas et ce sera encore le cas si on en ajoute un troisième... Ceci étant, il paraît possible d'affirmer que si n grains de blé ne constituent pas un tas, il en sera de même de $n + 1$ grains de blé. Le problème est que, de syllogisme en syllogisme, cette affirmation conduit à conclure que si un grain de blé ne forme pas un tas alors dix mille grains ne le forment pas non plus !

Or, une telle conclusion pourrait être tirée pour un grand nombre de termes. En s'appuyant sur le fait qu'une personne ne faisant qu'un mètre de hauteur est manifestement « petite » ou que quelqu'un n'ayant qu'un seul cheveu sur la tête est incontestablement « dégarni », puis en ajoutant centimètre sur centimètre ou

⁷ Sur le « paradoxe du sorite », voir D. Hyde, « Sorites Paradox », in *Stanford encyclopedia of philosophy*, 1997 (disponible sur internet : <http://plato.stanford.edu/entries/sorites-paradox/>).

⁸ Voir, par exemple, T. Endicott, *Vagueness in Law*, New York, Oxford University Press, 2000, notamment p. 77-98 ; R. Sorensen, « Vagueness has no function in Law », *Legal Theory*, Vol. 7, n° 4, 2001, p. 394 et s. ; S. Schiffer, « A little help from your friends ? », *Legal Theory*, Vol. 7, n° 4, 2001, p. 425 et s.

cheveu sur cheveu, on parvient irrémédiablement à des conclusions absurdes dans lesquelles une personne de deux mètres est encore considérée comme « petite » et un homme ayant plusieurs dizaines de milliers de cheveux sur le crâne reste « dégarni ». Et le même raisonnement peut parfaitement être transposé à un grand nombre d'expressions juridiques quantifiables, comme, en matière de clause pénale, celle de pénalité « manifestement excessive ou dérisoire » (art. 1231-5 C. civ.), qui pourraient ainsi paraître dénuées de véritables limites.

Mais si les conclusions du « paradoxe du sorite » peuvent momentanément entraîner l'adhésion, une analyse plus approfondie permet de constater qu'elles ne sont que le fruit d'une illusion d'optique. Le raisonnement autour duquel s'articule ce paradoxe n'est, en effet, pas exempt de critiques.

Ainsi, s'il est vrai que l'ajout d'un grain de blé ne peut permettre de qualifier de « tas » un ensemble de grains qui ne constituait pas un « tas » avant cet ajout, il est en revanche faux de considérer que cet ajout n'a aucune influence. Certes, un grain de blé ne constitue manifestement pas un « tas », mais l'ajout d'autres grains va progressivement effacer ce caractère manifeste jusqu'à ce qu'il y ait doute sur la qualification à retenir, puis que ce doute devienne de plus en plus important. Si l'on continue alors à ajouter des grains de blé, le doute s'amenuisera, l'observateur ayant de plus en plus souvent tendance à retenir la qualification de « tas », jusqu'à ce que cette qualification s'impose de manière manifeste. Ce terme, comme tous les autres termes, possède donc des limites qu'il est toutefois utopique de penser pouvoir identifier au grain de blé près. Encore faut-il pour les voir ne pas nier les variations qu'entraîne l'ajout progressif de grains sur la qualification à retenir.

L'argument est évidemment transposable aux expressions fortement imprécises employées par le législateur : certes, ces expressions ne disposent pas de frontières nettes et il est par conséquent impensable pour des expressions comme celles de « bref délai » ou de « peine manifestement excessive ou dérisoire » d'identifier ces frontières au jour ou à l'euro près, à moins que le législateur ne les quantifie expressément dans la loi. Mais cela ne signifie pas pour autant que ces expressions soient dénuées de limites. Ainsi, s'il était possible d'envisager toutes les situations susceptibles d'être confrontées à une expression donnée, on pourrait constater que certaines d'entre elles ne relèvent manifestement pas de son champ sémantique alors que, pour d'autres, ce caractère manifeste tend à s'effacer pour faire place au doute sur la qualification à retenir, ce doute étant plus ou moins important selon l'hypothèse prise en compte. Dans certains cas, le doute serait relativement faible, l'observateur ayant de plus en plus souvent tendance à considérer que l'hypothèse envisagée relève du champ sémantique de l'expression, celle-ci s'imposant même de manière manifeste pour qualifier certaines situations.

En outre, pour en revenir à l'exemple qui sert habituellement d'illustration au « paradoxe du sorite », le nombre de grains de blé n'est pas le seul élément à prendre en compte pour déterminer la qualification adéquate puisque, comme la grande majorité des expressions linguistiques, le terme « tas » ne renvoie pas à un seul et unique critère d'identification. Ainsi, la façon dont s'agencent les grains entre eux devra, elle aussi, être prise en compte. De la même manière, la réponse à la question de savoir si un homme est « dégarni » ou pas ne dépend pas uniquement du nombre de cheveux qu'il compte sur le crâne mais aussi de l'emplacement de ces cheveux ou encore de leur longueur. Face à ce type d'interrogation, il est par conséquent nécessaire d'effectuer une prise en compte simultanée de l'ensemble des facteurs conditionnant la décision à prendre, seule une telle prise en compte pouvant réellement permettre d'appréhender les frontières d'une expression linguistique donnée.

Il en est, bien entendu, de même pour les expressions utilisées par l'auteur d'une règle de droit. C'est ce que montre, par exemple, M. Ivainer lorsqu'il tente de schématiser le raisonnement à mener pour déterminer où se situe l'« intérêt de l'enfant » en matière d'attribution de l'autorité parentale ou de fixation de ses modalités d'exercice. Il relève, en effet, que plusieurs paramètres doivent être pris en compte pour évaluer cet intérêt parmi lesquels les conditions d'hébergement offertes par chacun des parents, la vie qu'ils mènent depuis leur séparation, leurs revenus respectifs ou encore leur contribution effective à l'éducation de l'enfant... Selon lui, les éléments factuels propres à chaque espèce devront être greffés sur ce schéma, ce qui permettra au juge de dresser un bilan dans lequel figureront des éléments à charge et à décharge pour chacun des intéressés, le solde de ce bilan guidant la décision du magistrat⁹.

Enfin, et ce dernier point est en partie lié à celui que nous venons d'évoquer, le raisonnement autour duquel s'articule le « paradoxe du sorite » néglige un élément capital : le fait que la signification d'un terme peut surtout dépendre du contexte dans lequel celui-ci est utilisé ; ce contexte pouvant jouer un rôle d'autant plus important que le terme est imprécis. Ainsi, une personne n'est pas « petite » dans l'absolu, elle l'est par rapport à son âge, à son sexe, à la taille moyenne des personnes qui l'entourent... De la même manière, le caractère « manifestement excessif ou dérisoire » du montant d'une clause pénale doit notamment être apprécié au regard du préjudice effectivement subi¹⁰.

⁹ Th. Ivainer, « L'interprétation des faits en droit », *JCP*, 1986, I, 3235, n° 21.

¹⁰ C'est d'ailleurs ce que confirme la jurisprudence : Com., 11 février 1997, *Bull. civ.*, 1997, IV, n° 47 ; *Deffrénois*, 1997, p. 740, obs. Delebecque ; *RTD Civ.*, 1997, p. 654, obs. Mestre.

B. La nécessaire contextualisation des termes

Comme nous venons tout juste de le voir, en raison de leur nature, les mots demandent à être contextualisés, projetés dans leur contexte d'utilisation pour avoir une chance d'être correctement compris par leur(s) destinataire(s). Et cette exigence est d'autant plus forte que les mots sont imprécis.

Les linguistes l'affirment du reste sans détour: « tout mot est lié à son contexte dont il tire son sens »¹¹. Le dictionnaire ne fait donc qu'indiquer les contours généraux des différents sens qu'un terme peut porter, et ce n'est que l'usage du terme dans un contexte déterminé qui va permettre d'en comprendre le sens effectif.

Cet environnement contextuel, qu'il soit linguistique (les autres mots de l'énoncé ou les énoncés entourant l'énoncé) ou extra-linguistique, influe directement sur la signification à retenir du terme, le « colore » selon l'expression de Pierre-André Côté, le précise tout simplement.

En s'appuyant sur une réflexion de Wittgenstein, issue des Recherches philosophiques¹², M. Côté illustre parfaitement cette influence du contexte d'énonciation sur la signification des termes. Il prend pour ce faire l'exemple d'une maîtresse de maison demandant à sa gouvernante « enseignez un jeu aux enfants » et remarque que si cette dernière enseignait aux enfants à jouer au poker ou à la roulette russe, elle n'aurait de toute évidence pas compris le sens du mot « jeu » dans le contexte global dans lequel celui-ci a été employé¹³... De la même manière, renchérit M. Côté, la gouvernante proposant aux enfants de jouer aux cow-boys et aux indiens n'aurait pas non plus compris le sens du mot « jeu » si la maîtresse de maison lui avait donné cet ordre dans le but de ne plus être importunée par les cris des enfants¹⁴.

Ces deux exemples soulignent la variété des éléments du contexte d'énonciation pouvant avoir une influence sur la signification à donner aux termes employés: de la personne du locuteur à celle(s) du ou des destinataires, des intentions de ce locuteur aux objectifs poursuivis par l'ordre qu'il formule, de l'ensemble linguistique

¹¹ Mounin, *Clefs pour la sémantique*, Paris, Seghers, 1975, p. 23

¹² « Quelqu'un me demande: « Montre un jeu aux enfants. » Je leur apprend à jouer de l'argent aux dés, et il me dit: « Ce n'est pas ce type de jeu que je voulais dire. » Faut-il donc qu'au moment où il m'a demandé cela, il ait eu l'idée d'exclure le jeu de dés? » (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Traduction nouvelle par F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud, E. Rigal [*Philosophische untersuchungen*, 1953]; avant-propos et appareil critique par E. Rigal, Paris, Gallimard, 2004, § 70, p. 66).

¹³ P. A. Côté, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 3^e éd., 1999, p. 355.

¹⁴ *Ibidem*.

dans lequel le terme s'insère à l'ensemble des circonstances de fait dans lequel un tel ordre s'inscrit, à commencer par le moment et le lieu de son prononcé¹⁵.

Pour être correctement compris, les mots de n'importe quel message appellent donc un éclairage par divers éléments contextuels, ils exigent une contextualisation. Or, il semble que, pour ce qui regarde le message juridique que constitue la règle de droit, cet appel au contexte justifie le recours à l'argumentation pour déterminer le sens de la règle.

Il semble bien, en effet, que c'est parce que les mots doivent être projetés dans le contexte de leur usage que l'autorité de décision est chargée de les entendre au regard du contexte factuel de l'espèce. Certains termes ou expressions linguistiques particulièrement imprécis réclament même une totale immersion dans les faits d'espèce et se révèlent parfois très clairs dans un contexte factuel donné. C'est le cas, par exemple, de la notion d'intérêt de l'enfant, notion centrale du droit de la famille, qui, envisagée dans certains contextes familiaux ne posera aucune difficulté d'application, ne soulèvera aucun désaccord raisonnable.

Il apparaît également que c'est parce que les mots, quels qu'ils soient, exigent d'être compris dans l'ensemble du message dans lequel ils s'insèrent que les mots d'une règle de droit doivent être interprétés en tenant compte des autres mots de la règle dans laquelle ils figurent, mais aussi des mots du corps de règles dans lequel cette règle s'inscrit, ou même en tenant compte des autres textes du Code au sein duquel la règle se trouve, voire de l'ensemble des textes du droit concerné. L'exigence de contextualisation des mots tisse ainsi un lien avec les arguments juridiques reposant sur la cohérence supposée des textes.

De la même manière, la prise en compte, à titre d'argument, des intentions de l'auteur de la règle ou des objectifs que la règle poursuit se trouve justifiée par le fait que la contextualisation d'un mot suppose également la prise en compte de l'émetteur du message et de ses intentions. Comme le montre l'exemple emprunté à Pierre-André Côté, cet élément est même l'un des premiers à prendre en compte dans la compréhension d'un message, quelle qu'en soit la nature. Il ne peut qu'en être de même pour le message juridique.

Enfin, mais cette liste mériterait à vrai dire d'être complétée, c'est toujours parce que les mots demandent à être contextualisés pour avoir une chance de les comprendre au mieux qu'il est nécessaire pour l'autorité chargée d'interpréter le message juridique de voir comment ces mots ont été compris par les autres membres de sa communauté interprétative, comme le ferait n'importe quel destinataire de n'importe quel message.

¹⁵ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, op. cit., p. 235-237. Il convient de remarquer que, dans ces deux exemples, bien que le terme jeu soit employé au sein d'énoncés prescriptifs, le contexte d'application n'a pas d'influence propre sur le sens de ce terme car il ne peut être distingué du contexte d'énonciation, l'ordre ayant vocation à être appliqué immédiatement.

C'est ici le recours à l'argument jurisprudentiel que l'appel à contextualisation qu'exigent les mots justifie.

L'imprécision terminologique des textes normatifs n'est donc pas qu'une des sources majeurs des désaccords relatifs à leur application, elle indique aussi de par sa nature la voie normale que doit emprunter le destinataire du message juridique pour tenter de le comprendre.

Les linguistes le disent et le répètent: cette imprécision ne se contente pas d'être inhérente à chaque terme, elle réclame également à chaque utilisation un multiple éclairage contextuel pour que la signification du terme en question soit comprise au mieux. Pour les termes employés dans les textes normatifs, cette caractéristique essentielle des mots tisse un lien direct entre interprétation et argumentation juridiques.