

# LA CONCRÉTISATION PRAGMATIQUE DES NORMES JURIDIQUES

Par

Constantin M. STAMATIS

*Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université Aristote de Thessalonique,  
en philosophie du droit (Grèce)*

## PLAN

- I. - **Présuppositions philosophiques d'une théorie pragmatique de l'argumentation juridique**
  - A - Une théorie non positiviste des normes de droit
  - B - Une théorie non positiviste du langage juridique
  
- II. - **Recherche sémantique et accomplissement pragmatique de l'interprétation juridique**
  - A - Le besoin de l'interprétation sémantique des normes du droit
  - B - Le besoin d'achèvement pragmatique de l'interprétation juridique

\*

Au sein de la méthodologie juridique contemporaine se profile aujourd'hui un lieu commun, à savoir que l'interprétation du droit doit être orientée par l'usage concret des termes utilisés par le législateur, dans les règles que l'on doit appliquer au cas donné. Autrement dit, l'interprétation ne saurait se laisser attirer par le sens abstrait des termes en cause, ou par le sens que ces mêmes termes revêtent probablement dans les divers champs du droit en vigueur. Du reste, pourtant, la méthodologie juridique traditionnelle enseigne que l'interprétation consiste en une recherche purement sémantique sur les règles applicables ou leurs notions à contenu variable? Or les juristes devraient récupérer linguistiquement la signification posée d'avance dans les règles par le législateur. Pour y parvenir, les juristes seraient invités à se mouvoir à un niveau bel et bien cognitif, en mettant en œuvre une spéculation abstraite autour de la signification ultérieure de la solution juridique apportée, de manière généralisable dans des cas identiques, au profit de l'égalité parmi les citoyens.

En revanche, ce texte s'inspire d'une attitude pragmatique envers le problème de l'interprétation du droit. L'article suggère tout d'abord certaines présuppositions philosophiques, aptes à permettre une théorie de l'argumentation d'orientation pragmatique. Pour l'essentiel, il s'agit d'ébaucher une théorie alternative, non positiviste, portant d'une part sur la distinction cruciale entre règles et normes du droit, et d'autre part sur les qualités principales du langage, comme phénomène de communication interhumaine, notamment du langage juridique (I).

Par la suite on peut tirer des présuppositions mentionnées toute une série de conséquences délicates sur la question de la concrétisation pragmatique des normes juridiques, selon les traits juridiquement intéressants du cas considéré. Le texte présent ne veut aucunement nier la nécessité de l'interprétation dite sémantique des règles à appliquer. Néanmoins, il souligne le besoin impératif pour les juristes d'opérer l'argumentation en se référant aux conventions linguistiques pertinentes ; plus encore, en mettant en lumière la particularité pragmatique du cas sous jugement, de sorte que l'on puisse faciliter un examen critique et l'acceptabilité intersubjective de l'interprétation proposée (II).

## I.- PRÉSUPPOSITIONS PHILOSOPHIQUES D'UNE THÉORIE PRAGMATIQUE DE L'ARGUMENTATION JURIDIQUE

### A - UNE THÉORIE NON POSITIVISTE DES NORMES DU DROIT

Règle juridique et norme de droit ne s'identifient pas (1), comme il est habituellement admis par les versions diverses du positivisme juridique. Une règle juridique est une proposition normative, émise par le pouvoir législatif de l'État ou par un autre organe compétent, doté d'une autorisation législative. Une norme de droit est justement le contenu normatif d'une ou plusieurs règles du droit en vigueur. Les règles sont pour les jugements juridiques des points de référence obligatoire. Les normes juridiques sont produites par les procédés de l'interprétation sur la base des règles du droit en vigueur. Les règles sont pour les jugements juridiques des points de référence obligatoire. Les normes juridiques sont produites par les procédés de l'interprétation sur la base des règles, de la part des organes du pouvoir judiciaire, et plus généralement encore par tout interprète compétent dans l'ordre juridique en place.

les normes juridiques n'existent pas "en dehors" d'un langage juridique historiquement formé. Elles ne sont pas réductibles à quelque entité extralinguistique que ce soit, comme on a pu le désigner dans le passé, la "volonté du législateur", conçue d'une manière socio-psychologique, ou la "volonté de la loi", l'"idée du droit" ou quelque "droit naturel" indescriptible (2). Les normes du droit positif ne coïncident pas du point de vue syntactique ou sémantique avec les règles, à partir desquelles elles peuvent être produites. Elles peuvent découler indirectement de celles-ci, ou à travers une interprétation combinée du texte de plusieurs règles. En ce qui concerne la normativité, celle-ci n'est guère une qualité imminente des textes édictés par le pouvoir législatif. Elle est plutôt un élément constitutif de l'ordre juridique, actuellement établi au cours de la formation dynamique de normes par les pratiques juridiques, dans l'espace social affecté par les règles existantes.

Il est intéressant de noter qu'une telle distinction, entre règle et norme juridique, n'est plus méconnue dans la jurisprudence hellénique. A l'occasion de

(1) Cette distinction est approfondie plus amplement par Ralph  
(2) Cf. Paul Sourlas, *Questions fondamentales de la méthodologie juridique*, (en grec), t. 1er, Athènes 1986, p. 103-104.

l'adaptation du Code de procédure civile en langue néo-hellénique dite "démotique", en vigueur par décret présidentiel, le Conseil d'État s'est prononcé justement pour que la norme ne s'identifie point avec le texte de la loi. Le texte pourrait être touché par sa traduction dans une autre forme linguistique, toutefois la norme juridique resterait intacte. Le tribunal a appuyé cette opinion sur une position remarquable pour le langage juridique. "La norme est la signification du texte dont le législateur s'est servi pour émettre le contenu de sa prescription" (CdE réunion plénière, 5148/1987).

Le recouvrement exact entre règle et norme, stipulé par le positivisme juridique, légitime la pratique interprétative des juristes dans le cadre d'un ordre normatif linguistiquement préétabli. On réclame une relation de correspondance directe entre texte et pensée, que cette pensée puisse être attribuée à la "volonté du législateur" (conception subjectiviste) ou à la "volonté de la loi" (conception objectiviste), en tant que mesure normative prétendument objective. Dans ces termes, la norme est censée se cacher "derrière" la lettre de la règle, la dernière n'étant que l'"expression" ou véhicule de la première. Dans cette optique, l'entreprise interprétative s'épuise dans une opération purement cognitive, qui vise à révéler des significations enfouies, constituées avant même et indépendamment du processus de l'interprétation. Quant à la responsabilité des juristes, celle-ci prend vite fin, au fur et à mesure que le juriste réussit à "appliquer" tout ce qui avait été dit auparavant dans le texte, en tant que substitut écrit de la présence du législateur absent au moment de l'interprétation.

Les questions complexes autour de la justification des jugements juridiques sont susceptibles d'une meilleure théorisation, si on se transpose dans le cadre conceptuel d'une méditation de production des normes juridiques, au lieu du modèle encore dominant de leur simple "application" (3). Selon ce réajustement théorique il n'existe pas une réalité extralinguistique des normes juridiques attendant d'être dévoilée et qui conditionnerait le jeu interprétatif de façon impérative. Tout jugement judiciaire installe le texte de la loi au sein d'un nouveau contexte, sans que puisse jamais être connu par avance le spectre entier des interprétations plausibles. Pour cette raison l'interprétation juridique se légitime non comme la reconnaissance d'une signification textuelle objectivement préétablie, mais comme un procédé de formation active de significations, ainsi que de normes.

La reconceptualisation présentée ici ne part pas d'une théorie abstraite de normes juridiques. Elle est au contraire animée par l'intérêt de connaître ce qui se passe effectivement dans les pratiques juridiques, quand un ordre juridique de type européen continental est en place. D'après la jurisprudence, on a souvent l'impression que les tribunaux insistent sur la quête de la volonté du législateur, voire le "vrai" sens du contenu des règles à appliquer. Ils oscillent d'habitude entre une conception objective et une conception subjective de la volonté législative. Parfois ils admettent tout de même qu'un changement de signification a eu lieu, bien que le texte de la loi n'ait pas été apparemment altéré. Ou encore ils esquissent certaines interprétations nouvelles, inconnues du temps du législateur dit "historique".

En de circonstances pareilles, il devient clair que l'objet de la soumissions de l'œuvre judiciaire aux prescriptions de la Constitution et de la loi (art. 87.2 Const. hellénique) n'est autre que le texte des règles à observer, pas leur "contenu" (4). Le texte des règles est une séquelle de signes linguistiques, formulée et édictée

(3) Dans cette direction, voir R. Christensen, *op. cit.*, dans une ligne de pensée proche à Friedrich Mueller ; Aussi les études du volume : F. Mueller (ed.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989. Du même auteur, *Juristische Methodik*, 3e éd., Berlin 1989.

(4) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 18 et s., 64 et s.

par voie législative. La norme, d'autre part, est produite obligatoirement à partir de règles du droit positif. *Les normes sont produites par l'activité interprétative des organes étatiques compétents, selon des procédés institutionnalisés et méthodologiquement contrôlables, dans les conditions d'une culture juridique et politique imprégnée par les valeurs de l'état de droit.*

Les procédés de la production de normes juridiques par la pratique, surtout dans les jugements judiciaires, ne doivent pas se réaliser de façon autoritaire et aléatoire. Ces procédés sont soumis à un faisceau d'obligations institutionnellement imposées, qui se sont formées historiquement et disposent d'une efficacité relative. De telles obligations se fondent principalement sur certains principes constitutionnels, comme la séparation des fonctions d'État, la démocratie représentative, l'État de droit - le dernier dans sa double rationalité, en tant que possibilité de prévisibilité de l'agir - conforme aux lois, aussi bien que garantie des libertés des citoyens. La soumission de l'œuvre judiciaire à la loi est aussi conditionnée par des principes constitutionnels afférents aux questions d'ordre méthodologique, comme la justification obligatoire des jugements ou l'obligation des tribunaux de ne pas appliquer une loi qui contredit la Constitution (art. 93.3 et 4 Const. hellénique). Sous ces termes normatifs fondamentaux il est méthodologiquement exigé que les juristes justifient des solutions juridiques raisonnables et généralisables à des cas semblables. Il faut que leurs jugements soient non seulement conformes aux règles du droit, mais aussi justes et équitables (5).

#### B - UNE THÉORIE NON POSITIVISTE DU LANGAGE JURIDIQUE

Après le virage de L. Wittgenstein d'une sémantique réaliste à une sémantique pragmatique, un lieu commun de la philosophie contemporaine du langage affirme que la signification des mots se constitue à travers leur usage multiples, au sein d'une communauté linguistique. En particulier, le sens des signes juridiques consiste dans leur usage conventionnel ou même potentiel, au milieu d'un ordre juridique donné (6). On peut en concevoir la signification par voie d'interprétation, dans la mesure où les organes d'État compétents et le commun des juristes emploient les signes juridiques selon des usages plus ou moins conventionnellement admis.

Le sujet cardinal de la création d'usages nouveaux de langage juridique est le pouvoir législatif, car c'est celui qui édicte des règles en vigueur du principe de la séparation des pouvoirs d'État. Toutefois l'activité communicationnelle du "législateur" n'est pas libérée d'attachements divers, constitutionnels et politiques. En outre, elle ne se développe pas dans quelque *vacuum* linguistique. Elle-même véhicule ou participe à plusieurs jeux de langage, historiquement constitués. Même le législateur, pas moins que n'importe quel autre sujet parlant, a besoin de s'exprimer au moyen de cet instrument universel et plastique qu'est le langage. Cependant il est impossible que le législateur ait jamais pleine conscience de toute implication significative entraînée dans les règles stipulées par lui. Le langage n'est pas un instrument neutre, maniable de manière simplement technique. Parler un langage c'est déjà agir. Dans l'histoire humaine se forge une certaine unité entre le langage et les manières de percevoir le monde. Le langage juridique est lui-même une activité sociale particulière, associée à certaines formes de vie dans l'ordre juridique établi. C'est pourquoi la signification d'une règle peut s'obtenir au moyen

(5) Entre autres, cf. Chaim Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2e éd., Paris 1979, p. 173 et passim.

(6) Cf. J.-L. Souriaux/P. Lerat, *Le langage du droit*, Paris 1984. Bernard Jackson, *Semiotics and Legal theory*, London-N.York 1987. P. Wassermann/J. Petersen (éd.), *Recht und Sprache*, Heidelberg 1983.

de la pratique de son interprétation, et pas à travers la reconstitution de l'intention de son auteur.

Dans un débat juridique, le sens des termes en jeu peut être obtenu en détectant leur usage concret dans les règles en question. Leur formulation linguistique remplit une fonction de signalisation, en tant que point de départ pour la tâche de l'interprète. *Le texte de la règle n'est pas en soi porteur d'une essence normative, susceptible une fois pour toutes d'une définition sémantique abstraite.* La compréhension des textes choisis se termine par la subordination des faits intéressants au contenu sémantique de la partie descriptive de la règle applicable. Ce procédé marche à coup de dialogue, réel ou supposé, entre des opinions divergentes. Le débat prend un chemin spiral, suffisamment démontré par la théorie dite "herméneutique" du droit. L'ensemble du trajet est médiatisé par la particularité du cas examiné, l'expérience, la perspicacité et l'équipement intellectuel des juristes qui y prennent part.

Le langage du droit abonde en notions vagues et difficiles à déterminer. Leur indétermination sémantique devient plus grave encore par le fait indéniable que les jugements juridiques sont ouverts à des appréciations morales et politiques dissemblables, sinon opposées. Le degré de certitude, quant à la subordination d'objets ou de circonstances à l'extension des notions employées par le texte de la règle, est lui aussi très disparate parmi les gens. L'élucidation herméneutique ne peut être acquise qu'au stade de la concrétisation pragmatique de la signification débattue, dans les conditions concrètes du cas considéré.

Il se peut que maintes notions vagues, même si elle sont de nature axiologique, comportent un côté descriptif, ce qui se fait signaler surtout par la philosophie morale analytique. A titre d'exemple, on pourrait penser ici à la notion "émanations nuisibles pour l'environnement", puisqu'il existe déjà dans plusieurs pays une gradation des interdictions concernant les émanations nuisibles. La constituante descriptive des notions à contenu axiologique se réfère en principe à des qualités naturelles ou à des valeurs économiques, elles peuvent donc se mesurer en dernière instance en fonction de critères quantitatifs. Cependant, pour la plupart, les notions dites axiologiques requièrent une prise de position vraiment axiologique, notamment sur des questions pratiques autour desquelles surgit toute une gamme d'attitudes possibles, souvent incompatibles. Telles sont la "bonne foi", les raisons "d'intérêt public", l'"excès de pouvoir", le "faux témoin", etc.. Le jugement excédera nécessairement le niveau de l'analyse sémantique abstraite, pour pénétrer le champ de la concrétisation pragmatique, vu la particularité juridique du cas en litige.

La même action pourrait être jugée par les uns comme "outrage public à la pudeur" (art. 353 du Code pénal hellénique), tandis que par les autres non. Soit un citoyen retraité et pieux qui décide de voir un film dans un cinéma qui projette systématiquement des films érotiques. Au cas où le spectateur en question ressent un outrage à sa propre pudeur, est-ce que le crime correspondant a été commis par la personne qui exploite la salle de cinéma ? La réponse négative paraît aujourd'hui préférable. Il vaut mieux que les notions de "pudeur" ou de "sentiment commun" se concrétisent aux cercles limités des gens qui fréquentent les cinémas particuliers où sont habituellement projetés des films dits érotiques, à condition que ceux-ci soient en possession du visa d'exploitation (200/1983 Cour d'Appel, Thessalonique).

Dans une société pluraliste, force est pour tous de faire preuve de tolérance vis-à-vis des attitudes morales ou des préférences esthétiques d'autrui, aussi bien que l'autodétermination sexuelle des autres, comme expression de l'inviolabilité de la liberté personnelle de chacun. L'interprétation proposée est généralisable à chaque cas semblable, en vertu du principe général de l'égalité, peu importe la diversité spatiale des mœurs sociales dans un pays. Par contre, Chaim Perelman considère que le fait

de projeter même un film véritablement artistique pourrait être jugé punissable, si ce fait provoquait un outrage public à la pudeur d'une certaine audience, dans une région isolée, imprégnée par une austérité morale. L'auteur professe qu'il s'agit ici d'un jugement de valeur, qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation. Il fonde même son opinion sur ce qu'il appelle "prédominance du fait sur le droit" (7).

Et pourtant cette prise de position ne paraît exempte de désavantages. En premier lieu elle mine l'unité spatiale d'application du droit positif, en acceptant des dérogations au principe de l'égalité par rapport au maniement des litiges dont l'enjeu est identique. En second lieu, elle semble confondre question de droit et question de fait. Si une partie de certaine audience a désapprouvé les scènes érotiques d'un film, il s'agit là d'une question empirique, qui reste à prouver. Mais dans quelle mesure pourrait-on subordonner cet incident à la partie factuelle de la règle corrélatrice du Code pénal, dans la prémisse mineure du raisonnement judiciaire, il s'agit là d'une question normative. La dernière question dépend forcément de l'éclaircissement préalable de la notion "outrage public à la pudeur", dans le cadre de la prémisse majeure du raisonnement judiciaire.

Certes, l'interprétation des notions vagues court le risque d'une définition sémantique arbitraire. La marge de ce risque diminue par l'échange d'arguments persuasifs, de nature juridique et factuelle, ou encore, à long terme, par le fait que se développe la possibilité d'une correction mutuelle dans la jurisprudence. L'indétermination d'une notion peut parfois décroître à coup d'une intervention du pouvoir législatif, comme par exemple, au sens du "bien culturel". Même dans un cas pareil, pourtant, l'incertitude herméneutique ne peut pas disparaître complètement. Il est bien probable que même des définitions soigneusement données par le législateur peuvent se révéler inadéquates au cours de l'évolution dans la communication sociale et juridique. Quoiqu'il en soit, l'indétermination linguistique n'insinue en rien l'absence de contenu sémantique. Elle impose tout de même au jeu de l'interprétation une argumentation cohérente sur les conventions linguistiques décisives et sur la particularité pragmatique du cas en question, de sorte que soit assurée la possibilité de contrôle critique, ainsi qu'une mesure d'approbation intersubjective.

## II.- RECHERCHE SÉMANTIQUE ET ACCOMPLISSEMENT PRAGMATIQUE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

### A - LE BESOIN DE L'INTERPRÉTATION SÉMANTIQUE DES NORMES DU DROIT

Selon une sémantique "réaliste" (8), l'usage des termes juridiques se détermine par leur signification a priori. Leur signification est constituée par la mise au point des qualités inhérentes aux choses ou aux relations signifiées par les termes dont il s'agit chaque fois. Cette désignation s'opère au sein d'une communauté qui utilise le langage du droit, et elle est centrée sur l'usage des signes formé conventionnellement.

H.-J. Koch prolonge en grandes lignes la conception positiviste de l'"application" des normes du droit par les pratiques juridiques et judiciaires. Sous cet angle, la norme est conçue comme une signification complexe renfermée auparavant dans le texte de la règle, avant même que ne commence l'entreprise interprétative. Or son interprétation et puis le jugement judiciaire doivent en restituer le contenu

(7) *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris 1984, p. 141-142.

(8) Comme celle réalisée par H.-J. Koch / H. Ruessmann, *Juristische Begründungslehre*, Muenchen 1982, p. 126-163.

sémantique. Ceci s'accomplit à travers les définitions adéquates des termes juridiques en question, au niveau de la proposition majeure du syllogisme judiciaire. La théorie positiviste de la norme juridique croit saisir le sens de la règle a priori, indépendamment des procédés institutionnels afférents à la formation de normes par voie d'interprétation des règles préétablies. De même, Koch donne raison au positivisme au moyen d'une théorie du langage du droit, étrangère à l'activité pratique des juristes, relative à la production créative de significations juridiques.

Ce qui est problématique dans cette conception, c'est justement qu'elle présuppose tacitement un vocabulaire idéal du langage juridique respectif d'un système de droit. En sus, elle maintient aussi l'existence de règles linguistiques permettant des définitions fausses ou vraies de termes juridiques. Elle soutient encore que le contenu de ce vocabulaire idéal est saisissable de façon empirique. Enfin elle s'efforce de frayer un chemin au-delà des méthodes dites "subjective" et "objective", ce qui paraît absolument légitime. Mais à la place de cette fausse dichotomie, elle en introduit une autre, pas moins fragile que la précédente, entre ce qui a été dit et ce qui a été voulu par "le" législateur, comme s'il s'agissait de deux grandeurs autonomes ou distinctes.

Les thèses présentées ci-dessus prêtent à sérieuse critique (9), en ce que la signification des termes juridiques n'est absolument pas statique ou univoque, collée pour toujours en chaque signe juridique. Elle dépend au contraire des situations communicationnelles de leurs usages. Les conditions de leur compréhension se sont constituées socialement et institutionnellement, comme le sont d'ailleurs les conditions de la vigueur des normes du droit positif. Subséquemment, l'intelligence de leur sens commence par les usages faits par les sujets historiques et non par les signes du langage eux-mêmes. La clarté ou l'imprécision d'une règle ne peut non plus être décidée à partir de sa "lettre", mais à partir de son entendement intersubjectif, lié au fonctionnement de l'ordre juridique.

En conséquence, le sens d'un terme isolé s'obtient dans le cadre du système linguistique du droit, lui-même partie intégrante des pratiques discursives, au moyen de termes juridiques. On peut ainsi obtenir le sens d'un terme juridique par la corrélation de son usage concret avec les usages divers, effectifs ou virtuels, qui lui sont associés à un moment historique donné. Le langage juridique est un système de signes polyvalent, ouvert et poreux. "Ouvert" signifie principalement qu'on peut inventer ou découvrir des nouvelles nuances significatives, de même qu'on peut parvenir à des usages inattendus, aptes à s'en prévaloir dans la communication au futur. "Poreux" est le langage juridique, puisque les signes, employés dans la législation en vigueur disposent d'indétermination, déjà présente ou virtuelle.

La signification des termes juridiques ne se répète pas indéfiniment de façon invariable. Pas plus que ne peut être connu d'avance l'éventail des interprétations plausibles, indépendamment des contextes possibles de l'usage des termes. C'est pourquoi l'interprétation d'une règle consiste en une série de signes si possible équivalente, sans être pour autant finale ou fermée. *Bien que l'ordre juridique soit préétabli du point de vue linguistique, le langage juridique ne peut exister au-delà ou en dehors des actes langagiers des juristes et des stratégies discursives des forces combattant pour ou contre le pouvoir.* Le caractère de la communication linguistique est en quelque sorte expérimental, car les significations se forment, s'apprennent ou se transmettent au contact des utilisateurs de manière inductive.

Une théorie "sémantique réaliste" au contraire s'appuie sur l'usage prétendument déductif des termes du langage du droit. Ainsi elle absolutise les conventions courantes du langage juridique. Elle repose sur une idée erronée, à savoir

(9) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 74-86, 108-117.

quel langage et interlocuteurs nouent une relation extérieure, de sorte que l'intelligence du système du langage juridique préexistant tourne à une question simplement technique. Non moins fautive est l'idée que la limite possible de la "lettre" du texte est susceptible d'une détermination empirique. Même si la signification des termes ou des règles en cause serait scrutée empiriquement, leur "observation" ne serait nullement exempte d'un moment interprétatif ou d'une attitude pré-herméneutique (*Vorverstehendis*). Le sens d'une règle réside dans l'interprétation capable de se prévaloir dans la communauté juridique, en raison de sa force argumentative. Proposer une interprétation juridique, c'est déjà agir d'après un motif normatif et dans un cadre normatif. La convention linguistique sur laquelle se bâtissent les interprétations plausibles d'une règle n'est pas un simple accord tacite, ni un fait itéré de façon inaltérable. Elle constitue une espèce de norme sociale, qui demande à être respectée au travail de l'interprétation. N'empêche que chaque nouvelle espèce de cas peut inciter une modification dans le groupe des nuances sémantiques, jusqu'alors connues, relativement au contenu normatif du texte de la loi.

Les difficultés exposées ici, s'enracinant aux prémises même de la théorie de l'"application" de règles, ont depuis longtemps poussé plusieurs auteurs vers une conception dualiste de l'interprétation du droit. Traditionnellement, on propose en général une distinction assez nette entre l'interprétation juridique au sens étroit du terme et la formation de normes par la jurisprudence (10). Dans le premier cas, les tribunaux ne font que constater le sens des expressions de la loi, tandis que dans le second, ils façonnent leur contenu normatif créativement. Dans ce cas-là, les tribunaux fonctionnent exceptionnellement comme agents fondateurs de nouveaux usages juridiques.

Face au droit des lois, censé "statique", on affirme ainsi un droit des juges "dynamique" (*Gesetzesrecht* versus *Richterrecht*) (11). Cette idée centrale se rencontre sous maintes versions et tonalités dans un ensemble énorme de courants de la pensée juridique contemporaine. Déjà Théodore Geiger et Hans Kelsen estimaient que les juges travaillent de façon créative, non seulement pour combler les lacunes du droit positif, mais encore à l'occasion de l'interprétation des notions à contenu variable et des principes généraux. Dès que l'interprétation s'achoppe à pareil problème, le devoir des juges de se conformer à la loi applicable se relâche (par exemple H.L.A. Hart), s'il ne se dissipe complètement (Hermann Isay). La même dichotomie méthodologique, plus ou moins marquée, a dirigé d'autres auteurs - comme K. Larenz, G. Radbruch, K. Englich - vers une théorie du droit clairement spéculative, aspirant à couvrir les espaces hors le droit positif en faisant appel à des principes de "droit" soi-disant "objectifs", comme l'idée du droit, le droit naturel, la nature des choses, etc. Sous le prisme d'un pareil "platonisme de règles", le jugement juridique n'est que l'actualisation de règles préexistantes, de nature positive ou supra-positive peu importe.

La méthodologie traditionnelle du droit éprouve le besoin de recourir à de semblables constructions, précisément parce qu'elle part d'une conception des règles textuelle et statique (12). Ces constructions donnent l'impression qu'elles permettent un dépassement du strict positivisme juridique. En réalité, il s'agit simplement, dans la plupart des cas, d'une réfutation apparente et imparfaite, dans la mesure où elle favorise un étrange positivisme des juges. Certes, l'activité interprétative est

(10) Par ex. Koch / Ruessmann, *op. cit.*, p. 246-2170. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4e éd., Berlin etc. 1979, p. 350-428.

(11) K. Englich se réfère ouvertement à un droit jurisprudentiel (*Richterrecht*), *Introduction à la pensée juridique*, trad. grecque de la 7e éd., Athènes 1981, p. 131-214, même en vue de l'interprétation des termes vagues ou imprécis.

(12) Ce que remarque avec raison R. Christensen, *op. cit.*, p. 161-167.

beaucoup plus complexe qu'une œuvre de subordination de faits à la règle convenable. Ce qui est discutable, c'est la question de savoir si se relâche l'attachement de l'interprète au contenu normatif des règles en question (13). Au cœur de cette conception s'affiche une double approche douteuse, du langage juridique et de la norme du droit. Le langage du droit est supposé, sauf exception, précis et clair. Quant à la norme, elle est censée un texte disponible auparavant, stable puisque énoncé antérieurement par un autre agent, le législateur. Les deux positions pourtant paraissent aujourd'hui contestables, comme on s'est efforcé de le montrer dans la première partie du présent article.

## B - LE BESOIN D'ACHEVEMENT PRAGMATIQUE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

L'interprétation du droit ne peut pas s'achever au niveau de l'analyse sémantique des termes utilisés dans les règles impliquées. Les méthodes d'interprétation ne s'identifient à des règles relatives à l'usage linguistique correct des termes juridiques. L'interprétation du droit est loin de résoudre des énigmes linguistiques. Elle est vouée à prendre position sur des questions pratiques, au sens de la philosophie pratique, selon les traits juridiquement intéressants des cas considérés (14). La conception traditionnelle de l'interprétation juridique se meut dans l'espace intellectuel d'une "philosophie de la conscience". Celle-ci est dominée par la dichotomie entre sujet et objet de la connaissance, entre interprète et système juridique préexistant. L'approche de l'interprétation du droit présentée ici s'effectue au contraire à partir d'une théorie du langage juridique comme partie intégrante d'un ensemble institutionnalisé de pratiques communicationnelles. Sous cet angle, le langage juridique est conçu comme une activité intersubjective, historiquement conditionnée, activement insérée dans des formes de vie réglées par le droit.

D'après la tendance dominante dans la méthodologie juridique européenne, l'interprétation s'épuise à un travail cognitif sur les significations posées dans la législation en vigueur. Ce travail est pris pour une réflexion solitaire et monologique d'un juriste interprète isolé, dans les limites de la volonté législative telle qu'elle fut imprimée au texte de loi. Cette conception finit par travestir le jugement juridique derrière une série de questions plutôt techniques, axées sur l'application correcte de règles du langage du droit. D'où il résulte une dégradation de la dimension pratique de l'interprétation juridique, aussi bien qu'une sous-estimation de sa nature dialogique.

a) Dans le droit privé hellénique, l'interprétation des déclarations de volonté doit fouiller la véritable volonté des parties contractantes, d'habitude privées d'ailleurs de culture juridique. Pour ce faire, on n'est pas obligé de s'attacher soit aux mots utilisés par les parties, soit à leur signification abstraite au langage quotidien. Ce qui compte, c'est de prendre en considération les conditions concrètes et pragmatiques de leur entendement. La règle de l'article 173 du Code civil grec peut alors être considérée comme une reconnaissance indirecte de la dimension pragmatique de l'interprétation des déclarations de volonté.

b) La concrétisation pragmatique de la norme formée par voie d'interprétation convient d'autant plus alors que la règle applicable contient une

(13) Sur le débat entre H.L.A. Hart et R. Dworkin, autour du "pouvoir discrétionnaire du juge", v. l'exposé instructif de P. Sourlas, *L'interprétation du droit et du politique, et la justification des jugements juridiques* (en grec), Athènes, 1989, p. 71-109.

(14) Une brève revue de courants qui se reconnaissent dans cette direction se trouve chez Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986. Cf. aussi les auteurs de la note 3, ainsi que les contributions au volume : Ot. Ballweg / T.-M. Seibert (ed.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg-Muenchen 1982.

expression qui connecte expressément le devoir-être avec une conduite ou un fait dans des conditions spécifiques. D'après la règle de l'article 11.2 de la Constitution hellénique, l'interdiction de rassemblements publics peut être prononcée par les organes policiers seulement après que ceux-ci aient estimé les circonstances particulières du rassemblement annoncé. Il faut alors tenir compte des conditions spécifiques, spatiales et temporelles, ainsi que de la situation concrète au point de vue de la sécurité publique. De la même façon, le danger d'une perturbation de la vie sociale et économique, provoquée par le rassemblement particulier, doit-il encore être jugé "sérieux" (CdE 4634/1977, 4<sup>e</sup> section).

c) Les contours pragmatiques de l'interprétation se font aussi sentir dans l'interprétation des notions vagues, notamment de nature axiologique. Par exemple quel type d'exercice d'un droit subjectif dépasse de façon évidente les limites imposées par les bonnes mœurs, la bonne foi, le but social ou économique du droit en cause (art. 281 Code civ. hell.), ceci pose une question de l'agir individuel ou collectif, et sûrement pas un problème de langage. Les juristes ne sont pas invités ici à mettre au point le sens abstrait d'une norme toute faite. Mais, en prenant appui sur la règle en question, ils doivent formuler une proposition interprétative, aux fins de la résolution raisonnable du litige. Cette interprétation repose de sa part sur une norme juridique formée par voie d'interprétation. Elle s'adapte à la particularité du type de relation en litige et aboutit à un jugement judiciaire porté au cas concret (*Entscheidungsnorm*) (15).

d) A un niveau plus général encore, l'achèvement pragmatique paraît indispensable à l'interprétation des notions vagues. A titre d'exemple fortuit le sens des "dépenses" faites pendant les fiançailles (art. 1347 Code civ. hell.) n'est pas perceptible au seul moyen d'une analyse sémantique du terme, comme s'il s'agissait d'un problème philologique. Une conception semblable présupposerait l'existence a priori de significations "vraies", indépendantes des contextes réels ou possibles de leurs usages linguistiques dans un ordre juridique, ce qui est absurde. Le sens de l'expression "dépenses" dans la règle en question ne pourrait pas non plus être saisi par l'examen de la manière dont "le" législateur s'en est servi. L'organe législatif s'est abstenu de préciser le sens de l'expression, et à juste titre. Il s'est borné tout de même à ajouter qu'on doit tenir compte des circonstances particulières, inhérentes à la relation concrète. Or le sens du terme donné peut s'obtenir en invoquant de manière concertée des arguments juridiques persuasifs, d'ordre historique, systématique ou téléologique. La force persuasive de chaque argument dépend, une fois encore, de sa pertinence par rapport aux traits pragmatiques juridiquement intéressants du cas considéré.

e) Pas moins décisive est l'importance de la concrétisation pragmatique dans la création dite jurisprudentielle de normes (*Rechtsforbildung*). La procédure administrative hellénique octroie le droit de faire opposition à une décision en raison de contumace, à la partie qui n'a pas pu comparaître au procès, parce qu'elle n'avait pas été dûment ajournée. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État proclame, depuis pas mal de temps, qu'on ne saurait exclure, à partir de l'expression évidemment étroite du texte de la loi, la possibilité pour la partie vaincue par contumace de faire aussi opposition, si elle n'a pas pu comparaître au procès pour raison de force majeure (CdE 2097/1979, 5015/1987, 26/1990).

Le tribunal a soutenu son interprétation créative sur ce que les "principes généraux du droit pour la force majeure" sont applicables sans que soit nécessaire une régulation correspondante préalable. S'appuyant donc sur ces principes, le tribunal s'est mis à élaborer une norme particulière, intermédiaire, pour faire face au

(15) Cf. R. Christensen, *op. cit.*, p. 300-306.

vide laissé par les règles en la matière. Ce qui autorise l'interprétation en cause, c'est une fois de plus la particularité pragmatique de la situation d'une partie battue par contumace, parce qu'empêchée par force majeure. Cette argumentation se corrobore aussi, si on la met en rapport avec le droit constitutionnel à la protection judiciaire. Pour établir le jugement considéré ici, on fait autre chose que de transposer le sens tout prêt de certains principes au cas particulier, comme le croyait l'ancienne théorie "herméneutique" de type Fr. Scheleiermacher. Il s'agit plutôt d'un processus de formation d'une norme particulière à partir d'une norme d'envergure plus générale et abstraite, processus dont l'issue est loin d'être déterminée auparavant.

Les exemples cités ci-dessus plaident pour la thèse selon laquelle l'interprétation s'accomplit à un niveau pragmatique, compte tenu de la nature juridique propre au type de la situation portée devant le tribunal. Pour la même raison on ne saurait exclure l'hypothèse que notre jugement peut varier d'un groupe de cas à un autre, si les linéaments de la qualification juridique de deux cas ne se recouvrent pas. L'attachement des juristes à quelque définition préconçue d'une expression de la loi, pire encore l'itération servile ou paresseuse de certaines interprétations des règles, peuvent conduire à un jugement déraisonnable ou inéquitable. La croyance que l'interprétation juridique équivaut jusqu'au bout à une illumination sémantique de significations préétablies alimente une hypostasiation des termes juridiques, ce qui comporte le risque de résolution injuste des litiges (16).

Le risque sus-mentionné a été suffisamment repéré par les courants de la pensée juridique contemporaine qui insistent sur l'orientation du raisonnement juridique par les qualités intrinsèques du problème donné (*Problemdenken*), et pas uniquement par des considérations sémantiques tenant du système de règles en place. La récente théorie "herméneutique", la topique ou la nouvelle rhétorique, au moment négatif de leur critique, blâment justement la sémantique pétrifiée des courants adversaires. Elles lui reprochent aussi la fausse autocompréhension des juristes se tenant "en dehors" des circonstances qu'ils jugent. Dans cette conception, l'impartialité judiciaire désirable se confondrait à tort avec quelques espèce d'indépendance ontologique des juristes, ce qui est en fait loin d'arriver. Au moment constructif de leur critique, les courants cités plus haut défendent le besoin d'une théorie pragmatique d'interprétation du droit. Les procédés de saisir le contenu normatif des règles sont des pratiques sociales, étroitement liées tant avec la texture particulière des cas sous jugement qu'avec l'intervention herméneutique des juristes. Le sens normatif des règles est illuminé à la longue, à l'occasion donnée sans cesse par des états de choses variables.

Il serait pourtant incorrect de préconiser la résolution des litiges au cas par cas, au prix d'une sous-estimation de la valeur normative des solutions y apportées (17). J.-F. Lyotard, par exemple, proclame avec raison que dans le jugement juridique se faufile inéluctablement un élément volitif de celui qui juge. Cependant, l'auteur semble se compromettre avec une absolutisation de la faculté de jugement aux cas délicats. Il suggère que se déroule alors un jeu interprétatif du langage juridique débarrassé de la force normative des règles, au cours duquel la volonté de l'interprète se manifeste comme liberté transcendante (18). Ainsi la décision serait

(16) En autres, cf. W. Gast, "Recht als ius argumentandi", et T.-M. Seibert, "Fall, Regel und Topos", dans le volume : O. Ballweg / T.-M. Seibert, *op. cit.*, p. 297 et s., 321 et s.

(17) Ce faux pas n'est pas enfin évité, semble-t-il, par H. Rodingen, *Pragmatik der juristischen Argumentation*, Freiburg-Muenchen 1977, p. 148 et s.. L'auteur professe que l'attachement des juges à la loi au fond s'éteint avec les cas difficiles.

(18) Cf. Lyotard / Thebaud, *Au juste*, Paris, 1976, p. 141, 161. De façon similaire K.-H. Ladeur, "Abwägung" - ein neues Rechtsparadigma, ARSP 1983, p. 473, 475, 478.

rendue essentiellement incontrôlable, ce qui serait lourd de conséquence graves, sinon néfastes, pour les libertés des citoyens.

On ne saurait souscrire à cette prise de position, non seulement au point de vue moral et politique, mais aussi parce qu'elle est critiquable comme inexacte. Elle passe outre l'obligation, et dans une certaine mesure également la pratique, des juges à fonder - dans la prémisses majeure de leur raisonnement - une norme de droit apte à être appliquée à tout autre cas identique en vigueur de laquelle ils rendent justice. Ce que fait la décision du juge, ce n'est pas simplement de résoudre un litige, voire n'importe comment. La besogne judiciaire consiste bien plus à la justification argumentative adéquate de l'interprétation proposée. Se réfugier donc dans un décisionisme judiciaire ne peut se fonder ni par la disparité des différentes possibilités interprétatives ni en vertu du caractère combatif des querelles juridiques.

L'éventail des choix interprétatifs plausibles n'est point inépuisable. Il est conditionné par la portée normative des règles applicables, et par le substrat pragmatique de l'affaire sous jugement. En tout état de cause, la solution est tranchée dans le cadre d'une culture d'argumentation juridique fondée sur les principes de l'état de droit et de la démocratie. Le refoulement de critères de justesse absolus n'abroge aucunement la nécessité de mettre en corrélation des interprétations possibles et évidemment divergentes autour d'une question juridique. Le jeu du langage juridique pendant l'entreprise interprétative est mené au milieu d'aspects pragmatiques, ce qui ne rend plausible qu'un nombre limité d'interprétations différentes. En outre, il se peut que, parmi celles-ci, une interprétation l'emporte sur les autres en raison de sa supériorité argumentative. Par contre, une thèse comme celle de Lyotard, très courante de nos jours à l'approche du droit dite postmoderne (19), primo renonce à discerner une interprétation meilleure d'une autre mal fondée ; secundo est incapable de distinguer entre l'exercice légal ou pas du pouvoir.

(19) Très éloquentes à ce propos les opinions exprimées sous un aspect "nihiliste" par Peter Goodrich, *Reading the law*, Oxford 1986, p. 216-218. Très apparentées les vues de C. Douzinas / R. Warrington / S. Mc Veigh, *Postmodern Jurisprudence*, London 1991, p. XI, 230.