
Conférence
de Paul Amselek
*sur ses cheminements
philosophiques dans le
monde du droit et des
règles en général*



CHAIRE DE RECHERCHE DU CANADA
SUR LES IDENTITÉS JURIDIQUES ET CULTURELLES
NORD-AMÉRICAINES ET COMPARÉES

UNE UNITÉ AFFILIÉE AU  CERIUM

Université 
de Montréal

CENTRE DE
RECHERCHE EN
DROIT PUBLIC



Université 
de Montréal

Le mardi 1^{er} octobre 2013, le renommé professeur Paul Amserek prononçait à la Faculté de droit de l'Université de Montréal une conférence intitulée « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général ».

Tenue sous les auspices de la Faculté de droit, ainsi que de la Chaire de recherche du Canada sur les identités juridiques et culturelles nord-américaines et comparées et du Centre de recherche en droit public, cette captivante conférence connut un franc succès.

C'est donc un honneur pour la Revue de la Faculté de publier, *in extenso*, le texte de cet exposé magistral, suivi des réflexions des répondants, le professeur Pierre-André Côté et l'honorable Yves-Marie Morissette.

Bonne lecture !

Didier Lluelles
Directeur
Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal

Texte de la conférence
du professeur Paul Amselek

Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général

Paul AMSELEK

Professeur émérite à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

Je veux tout d'abord remercier bien vivement le vice-doyen Jean-François Gaudreault-Desbiens pour son aimable invitation, qui me fait honneur. Je suis doublement heureux d'être ici aujourd'hui parmi vous. D'une part, j'ai beaucoup de plaisir à revenir auprès de cette Faculté de droit de l'Université de Montréal, avec laquelle j'entretiens de longue date de fructueux rapports dans le domaine de la théorie du droit, – sans parler des liens d'amitié qui m'attachent aussi à cette maison : je pense tout particulièrement au professeur Pierre-André Côté, avec qui je me réjouis de continuer tout à l'heure à dialoguer. C'est également, d'autre part, un plaisir et un honneur d'être ici pour présenter mon benjamin, que j'ai baptisé *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*. Ce dernier-né est le résultat, en quelque sorte, d'un « acharnement maïeutique », le fruit d'une réflexion continue poursuivie depuis plus d'un demi-siècle à travers mes cours et travaux de philosophie du droit, parallèlement à mes enseignements et travaux dogmatiques de droit public. Il s'agit d'une synthèse générale et en même temps d'un approfondissement, d'un essai d'aller jusqu'au bout de mes explorations antérieures.

Je me propose de vous exposer les idées-forces que j'ai développées dans ce livre, celles qui sont à mes yeux les plus importantes et les plus novatrices. Elles dépassent, d'ailleurs, le champ de la philosophie du droit et intéressent, plus largement, la philosophie morale et la philosophie de la science qui partagent avec la théorie du droit les mêmes fondamentaux dans la mesure où elles ont affaire elles aussi à des règles.

Au cours de ma carrière, mes cheminements philosophiques dans le domaine du droit m'ont porté au départ essentiellement, à la leur de la

phénoménologie de Husserl, sur le terrain de l'ontologie juridique, c'est-à-dire de l'étude du mode d'être du droit, de son mode de se donner à notre conscience. De là, mon itinéraire s'est progressivement étendu dans deux autres directions: d'abord celle de la pragmatique juridique en découvrant la théorie anglo-saxonne des actes de langage; puis le tournant interprétatif survenu dans les années 1970 m'a conduit à pousser mes investigations du côté de l'herméneutique juridique, jusque-là très délaissée dans la théorie classique. A ces trois orientations vers lesquelles je me suis ainsi successivement tourné correspondent les trois grandes parties de mon ouvrage: elles serviront en même temps d'articulation à mon propos.

I. La première partie est l'aboutissement d'une longue traque, que j'ai commencée dès 1959 avec la préparation de ma thèse de doctorat *Méthode phénoménologique et théorie du droit* – une longue traque en vue de démasquer cet être énigmatique et insaisissable qu'on nomme le droit, qu'on a jusqu'ici désespéré de débusquer, au point qu'aujourd'hui certains comme Michel Troper ou Denys de Béchillon se résignent à proclamer haut et fort que le droit ne peut être que celui qu'on dit qu'il est: son identité serait purement « stipulative », qualificatif bien ronflant pour exprimer une insoutenable attitude du théoricien à l'égard des réalités indépendantes de lui qui se donnent à son observation.

Mon enquête ontologique a démontré qu'il est parfaitement possible de répondre, et de répondre objectivement, à la question « qu'est-ce que le droit? ». Il est possible d'y répondre objectivement parce que le concept de droit n'est pas un concept théorique forgé par le théoricien dans sa démarche de découpage et de classification des données de la réalité; c'est un concept qui fait partie de la réalité même: de sorte que le théoricien ne peut pas dire « Voilà ce que j'appelle droit », mais « Voilà ce qui est appelé droit ». En d'autres termes, le droit n'est pas un fait naturel brut et innomé, mais un fait institutionnel, une institution sociale, socialement pratiquée et se donnant au théoricien déjà classée, répertoriée et étiquetée dans les usages sociaux qu'il a en face de lui.

Quels sont donc les traits typiques, caractéristiques et distinctifs, qui forment l'identité de cette chose qu'on appelle le droit? Schématiquement, je suis parvenu à trois séries de conclusions.

Première série de conclusions – Le droit est constitué de règles. Voilà qui est bien trivial, me dira-t-on; on sait depuis belle lurette que le droit, c'est

des règles. Oui, mais qu'est-ce exactement qu'une règle? Contrairement à ce qu'on pourrait penser a priori, la réponse est loin d'être évidente. Sans doute notre existence quotidienne est-elle constamment jalonnée d'expériences de création, de transmission et d'utilisation de règles de toutes sortes; mais ces expériences restent davantage vécues que pensées, de sorte que, pour accéder à une claire conscience du droit, force est de commencer par cette élucidation.

Lorsqu'on y prête une attention soutenue, on ne tarde pas à déceler dans toutes les choses que nous étiquetons «règles», de quelque espèce qu'elles soient et par-delà les manifestations variables qu'elles renvoient à notre conscience, un invariant irréductible se donnant comme l'élément le plus fondamental de leur essence: on se trouve en présence d'*outils*. Les règles s'inscrivent dans l'immense gamme des outils en tous genres construits et utilisés par l'homme – par *l'homo faber*, comme le surnommait Bergson. C'est ce que traduit la terminologie même couramment employée, notamment dans l'expérience juridique: on parle de «pratiquer» ou «appliquer» des règles, de «pratique», «usage» ou «mise en œuvre» des règles, ce qui renvoie bien aux idées d'outil et d'utilisation. On dit aussi couramment que le droit est une «technique», une «technique de contrainte», selon Kelsen et les courants positivistes, ou encore une technique de «contrôle social» ou d'«ingénierie sociale», selon l'école sociologique du droit américaine. Et l'étymologie elle-même est là encore édifiante: les termes latins *regula* et *norma* (dérivé du grec *gnômon*) désignaient précisément, à l'origine, des outils matériels, physiques, servant à réaliser ou vérifier des tracés rectilignes ou des angles droits; le mot français *règle* a, du reste, gardé ce sens concret, à côté du sens abstrait qui en est dérivé tout en conservant la même connotation instrumentale.

Les règles sont des outils *mentaux*: le matériau qui constitue leur substance est un matériau idéal, un contenu de pensée, une représentation, c'est-à-dire quelque chose qui n'est présent que dans notre esprit, qui n'a pas de réalité extérieure, palpable. Ce contenu de pensée peut, certes, être communiqué d'un individu à un autre au moyen de signes sensibles, des signes scripturaux par exemple, mais la règle ne se confond pas avec ces signes eux-mêmes: elle se situe au niveau du signifié et non du signifiant; elle est faite de ce que ces signes signifient, du contenu de pensée qu'ils véhiculent encodé en eux et qu'ils sont chargés de transmettre dans l'esprit d'autrui après qu'il les ait perçus, puis mentalement décodés. Entités du monde intelligible, c'est ainsi uniquement dans nos univers intérieurs que

les règles résident et circulent, c'est là qu'elles fonctionnent et qu'elles sont appelées à demeurer à tout jamais, sans aucun espoir d'en sortir et de venir nous faire face parmi les réalités du monde extérieur, – ce qui, au passage, condamne par principe toutes les conceptions naturalistes et objectivistes du droit et de l'éthique.

Cette nature – cette épaisseur – d'outils des règles, avec tout ce qu'elle implique, est pratiquement absente dans la théorie morale comme dans la théorie juridique. C'est qu'elle s'est trouvée occultée sous l'effet de deux travers fort répandus : d'une part, le psychologisme, c'est-à-dire l'assimilation des règles éthiques à l'expression d'états affectifs, d'attraits ou de répulsions ; d'autre part, et surtout, le logicisme, travers plus insidieux consistant à réduire les règles à la substance dont elles sont faites, à les traiter comme de simples séquences de pensée discursive (du *logos*) contenant en elles-mêmes leurs caractéristiques de règles : comme si l'on réduisait les cendriers, par exemple, ou les maisons à leur seule constitution matérielle apparente, à des morceaux de métal ou de verre ou à des agglomérats de pierres. Ce travers réducteur doit être résolument rejeté : les règles ne sont pas simplement des segments de pensée, mais des choses (des *res* ou réalités) constituées avec de la pensée mais qui ne se réduisent pas simplement à de la pensée, de l'outillage construit avec du matériau intelligible mais qui ne se réduit pas à ce matériau intelligible. Bien que ni existantes au-dehors de nous-mêmes ni observables, les règles sont des réalités à part entière, au même titre que celles du monde sensible. C'est pourquoi elles ne sont pas susceptibles d'être dites vraies ou fausses, ni d'être soumises en tant que telles – contrairement aux idées répandues chez les logiciens – aux principes de la logique formelle applicables à la pensée, pas plus au principe de non-contradiction qu'au principe d'inférence. Les conflits de règles ayant des teneurs contraires sont des oppositions réelles ou antinomies, et non des oppositions logiques, des télescopages de pensées contraires qui s'annihilent et donnent lieu à du non-sens. De même, on ne peut déduire, par un processus purement logique, des règles à partir d'autres règles, pas plus qu'on ne peut par un tel processus donner naissance – comme par enchantement – à de nouvelles réalités du monde sensible : il ne faut pas confondre l'exégèse d'une règle, c'est-à-dire l'exploration en profondeur de son contenu, avec une opération de déduction d'une autre règle à partir d'elle.

Selon la formule de Heidegger, tout outil est « outil pour » : il s'agit d'un quelque chose qui sert à, auquel une intention humaine sous-jacente, inapparente, transcendante à sa substance, a imparti une certaine vocation

instrumentale particulière. C'est le à quoi il sert, son utilité (son *utilité*, devrait-on dire), qui constitue l'essence de l'outil, qui est ce grâce à quoi on peut identifier une chose comme un outil d'un certain type; par exemple, un cendrier est un outil pour recueillir les cendres des fumeurs, un parapluie est un outil pour se protéger de la pluie. De la même manière, les règles sont des segments de pensée finalisés, chargés de rendre certains services déterminés, auxquels une intention humaine extérieure et fondatrice a historiquement assigné une utilité d'un certain type. C'est cette dernière qu'il faut élucider si l'on veut définir ce que sont exactement les choses-règles: les règles, à quoi ça sert et comment ça fonctionne? Voilà les vraies questions.

En l'occurrence, les règles apparaissent se situer dans le champ de la *métrologie*: leur fonction générale est de servir de *mesures* (dans l'expérience juridique, on dit aussi bien « adopter des règles » que « prendre des mesures »). C'est là un point fondamental qui a été insuffisamment éclairé et approfondi, bien que pourtant les règles soient couramment associées aux idées de « valeur » et d'« évaluation ». Plus précisément, il s'agit d'outils de référence, d'outils-témoins, donnant la mesure du possible. Une règle, c'est très exactement un graduateur de la possibilité, un indicateur de la marge ou degré de possibilité de l'avoir lieu de choses. À cet égard, on retrouve à l'œuvre dans toutes les règles, de quelque sorte qu'elles soient, les trois grands degrés que comporte l'échelle bipolaire du possible: le degré maximum de possibilité (100 %, qui est en même temps le degré 0 d'impossibilité), c'est l'obligation ou nécessité absolue d'avoir lieu; le degré minimum (0 %, qui est aussi le degré de 100 % d'impossibilité), c'est la non-possibilité absolue d'avoir lieu; le degré intermédiaire (entre 100 % et 0 % de possibilité, et corrélativement entre 0 % et 100 % d'impossibilité), c'est à la fois la possibilité d'avoir lieu ou de ne pas avoir lieu. Cette marge intermédiaire est elle-même quantifiée dans le cas des règles dites probabilistes, qui indiquent des sous-degrés de possibilité et corrélativement de non-possibilité d'avoir lieu compris entre 0 % et 100 %. Il y a ainsi de la mathématique dans toute règle, et pas seulement dans les lois scientifiques comme le laisse entendre, dans la lignée platonicienne, la célèbre formule de Galilée: « Le monde est un livre écrit en langage mathématique »; on pourrait dire pareillement que l'éthique est un livre écrit en langage mathématique. On voit aussi, au passage, la continuité entre les lois scientifiques classiques (dites « déterministes ») et les lois probabilistes, alors

qu'on imagine généralement un hiatus entre elles, une différence de nature (Claude Bernard déniait même aux lois probabilistes leur caractère de lois).

Ce sont ces marges ou degrés calibrant les possibilités de l'avoir lieu de choses que l'on a coutume d'appeler *catégories modales*, et plus spécifiquement *modalités déontiques* à propos des règles éthiques et juridiques. Contrairement à une opinion fort répandue en logique des normes et en philosophie du langage, ces catégories ne sont pas des éléments intrinsèques des énoncés, qui leur confèreraient leur nature d'énoncés de règles et agiraient ainsi comme de prétendus «foncteurs normatifs». En réalité, ainsi que l'atteste la réglementation juridique, les règles ne font pas nécessairement apparaître de manière formelle, explicite, dans la texture même sous laquelle on les exprime, les idées de pouvoir, ne pas pouvoir ou devoir; à l'inverse, des expressions du type «X doit ou peut faire telle chose» peuvent figurer dans des énoncés purement descriptifs, – pour décrire, par exemple, les projets de X ou bien les moyens matériels ou physiques dont il dispose. C'est que les catégories modales ne se rattachent pas à l'énoncé des règles, mais à leur fonction: les règles sont des contenus de pensée, non pas énoncés d'une certaine manière, dans un certain moule, mais auxquels a été attribuée la fonction de fixer des mesures de possibilité et dont on doit en conséquence se servir, quelle que soit la configuration lexicale ou syntactique de leur formulation, pour en extraire par voie d'interprétation des pouvoir, ne pas pouvoir ou devoir avoir lieu. La nature de règle reconnue à un énoncé aiguille automatiquement son usager, avant même qu'il prenne connaissance de son libellé, sur un certain mode d'interprétation, qui est le mode même de s'en servir. C'est lui que l'on cherche à traduire à travers la ténébreuse idée de devoir-être ou *sollen* usitée en philosophie morale depuis Hume et Kant (s'agissant d'un indicateur du possible, il serait plus exact d'évoquer l'idée de pouvoir-être, comme le laisse entendre d'ailleurs, dans la langue française, l'appellation «droit» désignant les règles juridiques).

Plus précisément encore, en tant que mesures destinées à servir d'outils de référence et de bases d'évaluation, les règles appartiennent à la catégorie des *étalons de capacité* (ou étalons-formes à remplir). A la différence des étalons concrets (tels que les prototypes ou les maquettes miniaturisées), qui sont des modèles à reproduire à l'identique, les étalons de capacité correspondent à des formes que doivent exactement épouser les choses qu'on y rapporte: c'est le cas, par exemple, dans le monde sensible, des « patrons » qui donnent aux tailleurs la mesure des vêtements à couper, ou encore des

réipients comme les pintes ou les chopines dont la contenance ou capacité donne la mesure de certaines quantités standard de liquides ou de grains commercialisées; c'est aussi le cas des règles-outils matériels qui permettent d'attribuer la valeur de droiture aux lignes qui se tiennent à l'intérieur de leur marge, qui épousent exactement la forme de leur bordure. Précisément, si on est passé par dérivation métaphorique de ces outils physiques aux règles-outils mentaux, c'est parce que ces dernières sont des étalons du même type, fonctionnant sur le même principe, mais qui opèrent sur le plan de l'intelligible et ont la nature de formes à remplir logiques et non matérielles: elles indiquent les marges du possible à l'intérieur desquelles doivent se tenir les survenances des choses concernées, par exemple les conduites humaines qu'elles visent. Comme dans le cas des autres étalons de capacité, le rapport de conformité des survenances ou avoir lieu aux étalons-règles n'est pas un rapport d'identité, mais de correspondance, d'accordance, d'exact remplissement: ce qu'exprime, dans le cas des règles de conduite, l'idée d'« être *en règle* », d'« agir *dans les règles* », de ne pas « s'en écarter », ni en deçà par manquement, ni au-delà par excès. Une conduite conforme à une règle, ce n'est pas une conduite identique à une règle, ce qui n'a aucun sens: c'est une conduite qui entre dans la marge de possibilité fixée par la règle. On parle en ce sens de « remplir » son devoir ou ses obligations.

Deuxième série de conclusions – Les règles juridiques ont la nature de *règles de conduite* ou *règles éthiques*; lesquelles sont définies couramment comme servant à diriger la conduite de ceux à qui elles sont destinées et qui sont appelés à les utiliser. Mais que veut-on exprimer au juste lorsque l'on dit que ces règles ont ainsi une fonction directive, une fonction de direction des conduites humaines? On veut dire par là que ces règles ou normes sont des instruments au service de l'action créatrice, « fabricatrice », des hommes, exactement de la même façon que les outils-étalons matériels, les réglettes et équerres, avec lesquels elles ont un « air de famille » à l'origine de leur rapprochement métaphorique, – étalons matériels qui ont pour fonction fondamentale de permettre à leurs utilisateurs de tracer des lignes droites ou des lignes en angle droit, de servir de supports de référence guidant leur main dans la réalisation de ces tracés; on peut pareillement faire un parallèle avec les « patrons » ou les formes utilisés par les artisans tailleurs, modistes ou bottiers. Les règles de conduite ont une finalité instrumentale comparable, à cette différence près qu'elles constituent des supports – des outils de référence – servant à guider l'action des

hommes dans la création d'eux-mêmes, dans la confection (pour ainsi dire, dans la découpe) de leur propre histoire, dans la fabrication de leur agir, de leurs faits et gestes : elles leur indiquent ce qu'ils peuvent, ne peuvent pas ou doivent faire (permissions, interdictions, obligations). Il entre dans leur vocation que l'utilisateur à qui elles sont destinées ajuste ses agissements sur elles, sur les marges de possibilité qu'elles fixent ; elles font office pour lui de marges de manœuvre ou latitudes dans les limites desquelles doivent se tenir ses actes. Ce qui caractérise ainsi les règles éthiques à l'intérieur de la catégorie générale des règles, c'est qu'elles sont des règles « à suivre », « à observer » par leurs destinataires dans leurs accomplissements : elles ont pour fonction d'encadrer la volonté humaine dans ses déterminations, dans les actes qu'elle initie, qu'elle décide et qu'elle met ensuite à exécution. Sous l'expression règle de conduite se trouve enfouie une double et lumineuse métaphore, à laquelle on a cessé de prêter attention : d'une part, l'image même de la *conduite humaine*, de l'homme naïvement représenté (pour évoquer sa faculté d'autodétermination) comme un être qui *se conduit*, auto conducteur du véhicule de sa propre personne ; d'autre part, celle d'une *règle ou règlette* qui lui est donnée pour qu'il maintienne dans sa marge ses lignes de conduite et qui lui indique ainsi le droit chemin à « suivre ».

Règles pratiques pour l'agir, les règles éthiques se différencient par là des lois scientifiques ou règles théoriques pour l'entendement. Très généralement, il est vrai, il n'est pas d'usage de faire rentrer les lois scientifiques dans la catégorie des règles : on prétend voir en elles de simples séquences de pensée assertées relatives à des faits, une simple variété un peu particulière de descriptions du réel. C'est de cette conception officielle dominante que Hans Kelsen se fait l'écho en opposant constamment dans ses écrits les règles éthiques du type « si A est, B doit être » aux lois scientifiques qui seraient du type « si A est, B est ». Cette vue est complètement erronée : les lois scientifiques se donnent bien à notre conscience et sont bien utilisées en pratique comme des indicateurs des possibilités de l'avoir lieu de choses, à l'instar des règles éthiques. Elles se distinguent de ces dernières par la vocation instrumentale plus spécifique qui leur est assignée, à savoir indiquer, à l'intention de notre lanterne, pour nous permettre de nous repérer dans l'écheveau des productions du réel, les marges de possibilité pour les phénomènes d'un certain type de survenir en fonction des données circonstancielles : « dans telles ou telles circonstances, tel type de phénomène doit, ne peut pas ou peut – ou encore, dans le cas des lois probabilistes, a tant de chances de – se produire ».

Pas plus que n'importe quelle sorte d'outils, et comme les règles pratiques, les règles scientifiques ne peuvent être dites vraies ou fausses. Contrairement aux idées de Karl Popper, elles ne sont pas davantage susceptibles d'être « falsifiées » que d'être vérifiées. Elles sont seulement de bons ou de mauvais outils selon la qualité des services qu'elles rendent effectivement : c'est leur valeur pragmatique qui peut faire l'objet d'une vérification expérimentale, et non leur prétendue valeur de vérité, comme l'ont soutenu les courants d'empirisme logique issus du Cercle de Vienne et faisant bien à tort des lois scientifiques la figure emblématique des énoncés descriptifs. Ces lois ne décrivent pas le monde, mais le mettent en système, le modélisent ; les catégories du possible sur lesquelles elles s'articulent sont, comme Aristote l'avait déjà relevé, des catégories purement logiques que notre esprit surimpose pour ses besoins propres sur le monde, mais qui n'ont pas de référents en lui : la possibilité ne fait pas partie du mobilier du monde. Ou, si l'on préfère, ce sont les prévisions faites sur leur base et non les lois elles-mêmes utilisées qui peuvent ou non s'avérer.

Si on est réticent à les classer parmi les règles, c'est parce que les règles éthiques ont été conçues dès le départ comme occupant à elles seules tout le créneau des règles ; on n'imaginait pas que les règles puissent être autres qu'éthiques (de même que pendant longtemps les règles ont été pensées comme nécessairement générales) : l'espèce était – et est encore – confondue avec le genre. Les lois scientifiques ont ainsi été initialement assimilées, aux premiers âges animistes et anthropomorphiques, à des règles de conduite (à des sortes de règles juridiques, comme l'atteste l'appellation même de « lois », de « lois de la nature »), des lois édictées par des puissances divines et « gouvernant » le monde, auxquelles la nature aurait à « obéir », à l'image des sociétés politiques humaines. Avec l'avènement du positivisme et du dogme absolu de l'expérience, toute transcendance, toute divinité a été chassée du champ de la science ; mais les idées positivistes, au lieu de conduire à dégager enfin à côté des règles pratiques le concept de règle théorique, ont amené à prétendre présenter désormais officiellement les lois scientifiques – moyennant quelques contorsions – comme des descriptions, des descriptions d'un type assez étrange en l'occurrence, à caractère général ou universel : une loi scientifique serait la description de la série complète des apparitions au monde, passées et futures, de tel ou tel type de phénomène. Cette assimilation à de simples descriptions apparaît particulièrement artificielle dans le cas des lois probabilistes qui laissent paraître en pleine lumière, et par leur dénomination même, qu'elles indiquent, non pas des événements, mais des possibilités ou probabilités d'événements.

À vrai dire, depuis le triomphe du positivisme nous avons vécu sur une vision schizophrénique de la science, façon Docteur Jekyll et Mister Hyde; car, en marge de cette image officielle – « patentée » – des lois scientifiques, la sourde et irréductible résonance à notre conscience de leur nature normative a maintenu dans nos esprits les conceptions du passé: nous continuons sans bien nous en rendre compte (y compris chez les théoriciens de la science et chez les savants eux-mêmes) à utiliser à leur propos le jeu de langage, en quelque sorte le logiciel mental, de l'éthique, nous continuons à les appeler « lois de la nature » et à nous les représenter insidieusement comme des lois simplement « découvertes » par le savant, lues en filigrane au travers de ses observations, existant indépendamment et en dehors de lui, des lois non pas pour les hommes, à leur service, mais pour la nature, opérant derrière elle, visant à « régir » ses « faits » ou « comportements », auxquelles elle serait implacablement tenue de se conformer. De là, la persistante représentation du savant, sous la figure symbolique de Prométhée déroband, au bénéfice des hommes, des choses cachées qui ne leur sont pas destinées.

Une telle conception conduit à doter bizarrement l'univers d'un « surcroît »: l'univers ne serait pas tout; s'ajouteraient à lui, logées quelque part dans d'énigmatiques coulisses, les lois commandant ses comportements. Surtout elle véhicule nécessairement avec elle, en contrepoint, l'idée d'un « Législateur » et constitue une puissante incitation à des égarements métaphysiques, poussant à associer artificiellement la science à des horizons religieux, à voir dans les « lois » qu'elle énonce la preuve de l'existence de Dieu. On ne peut s'empêcher de penser ici à l'aphorisme de Nietzsche dans *Le gai savoir* (III.108): « Dieu est mort; mais telle est la nature des hommes que des millénaires durant peut-être, il y aura des cavernes où l'on montrera encore son ombre ».

Obscurément ancrée dans nos modes de penser et de nous exprimer, cette conception éthique et réaliste des lois scientifiques bénéficie dans nos esprits d'une connivence multimillénaire qui la met à l'abri de tout réexamen critique. Elle est pourtant à la source de bien des vues extravagantes ou des interrogations oiseuses. « La question est de savoir pourquoi la nature obéit à des lois », note, à la suite de bien d'autres, Claude Allègre dans son *Dictionnaire amoureux de la science*: il n'y a là aucun mystère véritable, pour la raison que cette question n'a pas de sens; la nature n'« obéit » pas à des lois, ne « se soumet » pas à des règles, cela ne veut strictement rien dire. De même, il est soutenu couramment qu'il y aurait une finalité dans le

monde (idée d'*intelligent design*), que c'est en raison des lois qui président à lui qu'il est ce qu'il est et qu'avec des lois légèrement différentes on aurait abouti à un monde différent où l'homme n'aurait pas pu apparaître : c'est la tarte à la crème du principe dit « anthropique » selon lequel les lois gouvernant le monde viseraient à l'émergence de l'homme. On se trouve ici en présence d'un raisonnement, pour ainsi dire, à l'envers : les lois scientifiques, en effet, n'ont pas préexisté au monde qui se serait régulé sur elles ; le monde ne donne rien d'autre à voir que lui-même. On peut reprendre à ce propos les paroles restées célèbres de Hegel lorsqu'il eut sous les yeux pour la première fois le spectacle grandiose de la chaîne du Mont-Blanc : « *So ist* » (c'est ainsi). On ne peut rien dire de plus à propos de l'univers dans son ensemble. C'est le savant qui, en observant le monde tel qu'il est et se donne à nous dans sa froide nudité, établit a posteriori des rapports ou ratios et construit en conséquence des outils-règles nous permettant de nous retrouver dans le flux luxuriant des manifestations du réel. S'extasier, comme font certains physiciens, de la « précision époustouflante » avec laquelle le monde se trouve réglé aux fins d'être comme il est (Trinh Xuan Thuan, *Le chaos et l'harmonie*, p. 317), fait penser à un peintre qui s'extasierait devant la ressemblance « époustouflante » d'un paysage au tableau qu'il en a fait. Et dans le cas d'un monde où l'homme aurait été absent, il n'y aurait pas eu non plus de « lois de la nature » à défaut de cerveaux humains pour les créer ou même les concevoir.

Il n'est pas davantage pertinent de prétendre avec Stephen Hawking que « parce qu'une loi comme la gravitation existe, l'Univers peut se créer spontanément à partir de rien. Il n'est nul besoin d'invoquer Dieu pour qu'il allume la mèche et fasse naître l'Univers » (*Y a-t-il un grand architecte dans l'Univers?*, éd. fr., p. 219) : si, comme les autres lois de la nature, la loi de la gravitation a une réalité objective, « existe » – ou plutôt préexiste – en amont du monde, on ne peut pas parler de création « à partir de rien » ; en revanche, peut-on évoquer sérieusement des lois constituées à partir de rien, sans un Législateur ? On a pu dire d'une telle idée qu'elle n'a pas plus de sens que celle d'un neveu sans oncle.

Il faut, enfin, mentionner le credo « déterministe » qui a longtemps régné sans partage et qui a été directement induit de la vision d'un assujettissement et d'une obéissance du monde à des « lois » œuvrant dans l'ombre, régissant implacablement les comportements de la nature, mais aussi les actes des hommes : la sourde assimilation des lois scientifiques à des commandements, en signant l'arrêt de mort de la liberté humaine, a finalement

conduit à saper les fondements de la responsabilité morale et, par un curieux choc en retour, à subvertir notre représentation de l'expérience éthique elle-même qui avait servi au départ de paradigme.

Il serait temps, on le voit, d'en finir une bonne fois pour toutes avec cette aveugle alchimie opérant dans nos esprits et par laquelle les lois théoriques élaborées par le savant sont ainsi transmues en lois pratiques régulant le monde.

Il serait temps aussi, d'ailleurs, d'en finir, parallèlement à cette tendance insidieuse à concevoir les règles scientifiques sur le modèle des règles éthiques et juridiques, avec la tendance tout aussi ancienne et tenace à penser les règles juridiques sur le modèle des lois scientifiques. C'est cette tendance, en effet, qu'illustrent les théories traditionnelles du « droit naturel » : il y aurait, immanentes au monde, des « lois naturelles » prescrites aussi bien aux hommes qu'à la nature ; il reviendrait à la « science juridique », comme aux sciences naturelles, de les découvrir ; elles seules seraient le vrai droit. Mais c'est également la même tendance que l'on retrouve derrière les courants de pensée juridique « positiviste » qui se sont développés à partir de la fin du XIX^e siècle, dans le sillage de l'épistémologie positiviste d'Auguste Comte et du dogme de la vérification expérimentale érigé par elle : de même que les sciences de la nature, la « science du droit » ne pourrait tenir pour des lois valables et prendre en considération que les lois juridiques effectivement obéies, avec lesquelles la réalité apparaît en conformité ; la science positiviste du droit n'aurait pour objet d'étude que le « droit positif » entendu désormais, non plus simplement – dans son sens originaire et multiséculaire – comme le droit « posé », « édicté », mais aussi comme le droit « réel », « effectivement suivi », corroboré par la réalité sociale. Dans sa volonté de coller l'étiquette de science à la dogmatique juridique, Kelsen a été, on le sait, le grand chantre de cette conception prétendument réaliste, mais qui ne correspond guère aux démarches courantes des juristes et revient à confondre les lois juridiques avec les lois scientifiques.

Troisième série de conclusions – Quels sont les traits typiques spécifiques qui, ajoutés aux caractères que possèdent les règles de conduite en général, font entrer dans la catégorie des *règles de droit* et caractérisent en quelque sorte la « juridicité » du droit ? Le plus souvent, les juristes conduisent leur recherche « en examinant le contenu des divers droits positifs » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{ère} éd. fr., p. 62) : les règles juridiques seraient

des règles éthiques ayant un type de contenu qui leur serait propre. Les uns s'attachent au fond et prétendent, par exemple, que les règles juridiques ont pour trait distinctif de fixer des obligations assorties de sanctions, plus concrètement d'actes de contrainte, ou bien de ne viser que le for externe, les comportements extérieurs des hommes. Les autres croient trouver la marque du juridique dans la structure formelle du contenu des règles de droit : ce contenu aurait une structure hypothétique ou conditionnelle du type « si ..., alors ... », « telle condition étant donnée, telle conséquence doit s'ensuivre », ou encore une structure dualiste articulant des obligations à la charge de certains et corrélativement des droits au profit d'autres.

Une telle direction de recherche est de toute évidence une voie inappropriée. Si la juridicité logeait à ce niveau du fond ou de la forme du contenu des règles, au niveau du *logos* dont elles sont faites, cela voudrait dire qu'elles seraient identifiables selon un critère purement logique ; en conséquence, on devrait considérer automatiquement comme juridique, de manière purement apriorique, abstraite et intemporelle, déconnectée de tout contexte socio-historique, n'importe quelle norme formulée ou même seulement imaginée par n'importe qui (par moi-même, par exemple), dès lors qu'elle présenterait les caractéristiques de contenu prétendues. On aboutit par là à une conception du droit qui n'est pas sans parenté avec les traditionnelles conceptions jusnaturalistes. Il est, du reste, significatif de voir les théoriciens en cause – même les thuriféraires les plus représentatifs du positivisme juridique comme le chef de l'École normativiste – soutenir que les règles édictées par le législateur ne seraient pas du « vrai droit » lorsqu'elles ne présentent pas les caractéristiques de contenu qu'ils allèguent.

C'est que la démarche de ces théoriciens repose sur une erreur logique d'aiguillage. Pour élucider le particularisme des règles juridiques, il convient, non pas de chercher à s'élever à une généralisation synthétique de la matière ou tissu de pensée dont elles sont faites, mais de passer à une spécialisation catégorielle plus poussée à l'intérieur de la typologie des règles. La classe des règles éthiques regroupe toutes les règles ayant pour fonction de fixer des marges de possibilité à l'agir humain et ainsi de diriger les conduites ; une classe inférieure de règles doit être définie par une vocation instrumentale plus pointue, propre à certaines règles éthiques et que n'ont pas les autres. En faisant des distinguos selon les contenus des règles éthiques, on reste toujours, en réalité, dans la classe des règles éthiques, on

n'accède pas à une sous-classe de *règles* proprement dite. Ce qu'il faut rechercher, c'est la fonction directive particulière qui est plus spécialement assignée, dans les pratiques sociales empiriques, aux règles de conduite étiquetées « juridiques » ; c'est dans cette direction que doit s'orienter notre investigation.

À cet égard, un examen attentif ne tarde pas à faire apparaître un élément invariant fondamental dans les règles de conduite que nous reconnaissons comme « du droit » : ces règles se donnent toutes à notre conscience comme émanant de pouvoirs publics, d'autorités ou dirigeants publics. On ne peut pas penser au droit sans avoir, au moins implicitement, à l'esprit l'idée de pouvoir public. Et du reste, si je formule moi-même des règles en m'imaginant autorité publique, j'aurai bien conscience de formuler du droit, certes à titre de simple jeu de l'esprit (du droit « pour rire »), mais je n'en aurai pas moins l'impression de jouer précisément... à édicter du droit.

Qu'est-ce que cela veut dire au juste ? Que recouvrent exactement ces notions « pouvoirs publics », « autorités publiques » ? Le terme « public » évoque essentiellement, dans son sens le plus originaire, l'idée de peuple (je rappelle que le mot latin *publicus* était l'adjectif de *populos*). Ce qui est « public », c'est ce qui est relatif à une population humaine, ce qui concerne les membres d'un peuple humain : on parle, en ce sens, de « chose publique » (*res publicae*), de « sécurité publique », « d'intérêt public », etc. Des pouvoirs publics, des autorités ou gouvernants publics, ce sont des organes qui sont placés à la tête d'une population humaine pour diriger la conduite de ses membres, de tous ceux qui vivent ensemble en son sein : c'est pour désigner ce pouvoir de commandement à l'égard d'un peuple, dans le cadre d'une société « politique », qu'on parle de « puissance publique ». Les normes juridiques se donnent, précisément, comme les mesures édictées par les autorités chargées de la conduite de peuples.

Mais il convient d'affiner davantage cette donnée de conscience. Lorsqu'on pense au droit-ensemble de règles de conduite émanant d'autorités publiques, on n'implique pas en réalité que toute règle émise par une personne ayant le titre d'autorité publique est une règle juridique : encore faut-il qu'elle ait été émise par cette personne agissant *ès qualités*, dans l'exercice même de sa fonction de dirigeant des conduites d'un peuple humain. Les règles qu'elle prescrit en marge de sa fonction officielle de commandement public, en dehors de l'usage de sa puissance publique, dans

sa « vie privée », n'apparaissent nullement constituer du droit : c'est le cas, par exemple, de l'ordre du président de la République à son fils de faire ses devoirs scolaires, des prescriptions « internes » qu'il adresse à son secrétariat ou à son personnel de maison, des commandes qu'il passe dans des restaurants ou chez son tailleur. Ce qui revient à dire que la juridicité n'est pas liée à la personne des dirigeants publics, mais à la fonction publique dont ils sont les organes. Elle correspond bien, en dernière analyse, à une certaine vocation instrumentale particulière des règles juridiques : le droit est composé des règles de conduite participant de l'exercice du pouvoir public et servant à gouverner des peuples. Ou, si l'on préfère, le trait typique qui distingue les règles juridiques au sein de la classe des règles éthiques, c'est qu'elles sont des outils de direction publique des conduites humaines : le droit est une technique de direction publique des conduites. C'est par là notamment, pour reprendre la fameuse question qui agissait Saint Augustin, que le droit se distingue des commandements des bandes de brigands... même en période de matraquage fiscal !

En définitive, on voit qu'il n'est nullement impossible de définir le droit, d'en donner une définition autre que purement « stipulative ». Il correspond, très exactement et de toute évidence, à la délimitation des espaces de possibilité d'agir – des espaces de liberté – de chacun au sein de la Cité. Tel était le sens originaire du *ius* et des *iura* dans la langue latine (cf. Georges Dumézil, *Idées romaines*, p. 41). Et c'est aussi ce qu'exprimait la formule emblématique énoncée dans les *Institutes* de Justinien : « *suum cuique tribuere* ». On trouve, de manière fort significative, un écho de la même intuition relative à l'essence des règles juridiques avec le mot hébreu *hok*, qui a à la fois le sens de « loi » et de « part », « portion » ou « ration » revenant à chacun.

II. Après l'ontologie, un autre axe de mes cheminements philosophiques a été la pragmatique juridique : la deuxième partie de mon ouvrage lui est consacrée. Elle s'appuie sur la théorie des actes de langage élaborée par l'anglais John Austin et affinée par l'américain John Searle. Cette théorie, on le sait, a montré que les paroles échangées dans nos relations intersubjectives ne sont pas simplement du *logos*, de la pensée discursive, mais plus fondamentalement des actes sociaux accomplis en parlant, à l'aide de paroles (des remerciements, des félicitations, des avertissements, des menaces, etc.). Cette approche des échanges linguistiques me paraît d'un intérêt capital pour la théorie du droit : elle permet de mettre en relief, d'une façon lumineuse, la dimension pragmatique des édictons juridiques,

que les juristes ont très généralement eu tendance jusqu'ici à occulter, assimilant ces édicitions – conformément au travers dénoncé par Austin – à de simples prononciations de paroles, à de simples énonciations de *logos*. En réalité, il ne s'agit pas pour les dirigeants publics de « dire » des règles, d'énoncer oralement ou par écrit des contenus ou teneurs de règles, mais de prescrire leur observance, – ce qui correspond à des actes sociaux de commandement accomplis avec des paroles: tel est le sens exact de la locution latine *ius dicere*, qui dénote fondamentalement un « mécanisme d'autorité », comme l'a parfaitement mis en lumière Émile Benveniste (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 2, p. 108).

Dans la théorie juridique comme dans la théorie morale, l'idée de *prescriptif* est confondue avec celle de *normatif* et en quelque sorte aplatie en elle, ce qui est à la source de bien des contresens et faux problèmes. En particulier, l'un des problèmes lancinants longtemps agités en philosophie du droit, comme une sorte de désespérante quête du Graal, a été d'expliquer le caractère obligatoire des règles de droit, d'expliquer objectivement, en positiviste, pourquoi on est tenu d'obéir, sans recourir à des données métaphysiques ou morales telles que la volonté divine, l'ordre naturel des choses, la justice ou le bien commun. Démarche en vérité impossible lorsque l'on reste uniquement au niveau des règles en tant que telles: c'est qu'une règle ou norme ne contraint pas par elle-même la volonté des intéressés, mais seulement lorsqu'il a été prescrit à ceux-ci de se conformer à cette règle, d'y ajuster leurs faits et gestes; cela implique donc, en plus de la norme, un acte d'autorité, un acte de commandement, la mettant en vigueur, lui donnant force comme on dit et comme l'exprime aussi, dans la langue anglaise, l'expression *to put a law into force*. On le voit, il n'y a aucun mystère, aucune énigme, sur ce point. Le donné fondamental de l'expérience juridique, ce n'est pas le droit, c'est-à-dire des règles ou normes; c'est le droit *posé* ou *positif*: l'expérience juridique est une expérience de position de règles, d'établissement ou mise en vigueur autoritaire de règles les rendant applicables dans un espace social.

Un autre faux problème a aussi constitué une pierre d'achoppement dans la théorie juridique: lorsqu'un tambour de ville, un professeur de droit ou encore un avocat, s'adressant à la population locale, à des étudiants ou à des clients justiciables, disent la teneur de règles juridiques, ne font-ils pas la même chose que le législateur? Et pourtant il ne vient à l'esprit de personne de les assimiler à des législateurs. L'embarras de Kelsen face à cette question et l'explication verbuse qu'il donne sont significatifs:

« Les propositions juridiques que la science du droit doit formuler, écrit-il (*Théorie pure du droit*, 2^e éd. fr., p. 109), ne peuvent être que des propositions affirmant un devoir-être (*Soll-Sätze*). Mais il faut observer – et c’est la difficulté logique que présente l’analyse de ces données – que l’emploi du mot *sollen* par et dans les propositions juridiques formulées par la science du droit ne fait en aucune façon qu’elles prennent la signification autoritaire des normes juridiques qu’elles décrivent; dans les propositions juridiques, le *sollen* a un caractère simplement descriptif ». Cette explication est à vrai dire incompréhensible puisque Kelsen prétend par ailleurs que le *sollen* est la catégorie logique de la norme et du normatif! N’est guère davantage éclairante l’explication avancée par les logiciens du droit, selon laquelle le dire juridique prononcé par le tambour de ville, le théoricien ou l’avocat est un métalangage par rapport au langage juridique du législateur : ces personnes ne disent pas, mais redisent ce qui a été dit par le législateur. Explication bien superficielle, qui laisse de côté l’essentiel : en réalité, ce n’est pas au niveau du langage lui-même qu’il faut se placer, mais des actes accomplis, seuls ceux du législateur étant des actes sociaux de commandement, à la différence des actes sociaux d’information accomplis par les autres personnes évoquées.

Il est à observer qu’à partir du laboratoire à ciel ouvert dans lequel elle opère, à partir de la plus grande visibilité générée par le formalisme très poussé et la dimension patente de l’expérience juridique dans les sociétés du monde actuel, la théorie du droit est à même d’apporter à la théorie d’Austin et de Searle, sur bien des points, une contribution essentielle. C’est le cas pour les actes de langage particuliers que sont les actes d’autorité, restés bien imparfaitement analysés par la théorie austinienne : les commandements sont, très exactement, des actes ou agissements mentaux que l’esprit du dirigeant accomplit et que la communication verbale fait apparaître après décodage à l’esprit du ou des dirigés, et qui consistent à donner à ceux-ci des règles à observer dans leur conduite. Ces actes mentaux ont ainsi la particularité d’être couplés avec des objets ou outils mentaux, comme l’exprime d’ailleurs l’étymologie : le terme latin *commandare* (dérivé de *mandare*, contraction de *manum dare*) évoque justement un acte de mettre en main, une dation, – nous disons pareillement « donner des ordres » ; il s’agit là d’agissements tout à fait comparables aux dations d’objets matériels. Autre exemple : celui de la notion bien obscure de « règles constitutives » dégagée par Searle et qu’à sa suite les théoriciens du langage opposent à ce qu’ils appellent bizarrement des « règles normatives ». Cette

notion correspond chez les juristes aux classes ou concepts de statuts dont ils se servent pour rendre compte du droit positif, c'est-à-dire aux concepts schématisant des régimes typiques, des contenus de réglementation formant des ensembles cohérents, s'articulant en mécanismes ou systèmes normatifs. Ces concepts et les typologies générales dans lesquelles ils s'inscrivent, sont monnaie courante dans la théorie juridique, qu'il s'agisse, par exemple, des différents régimes politiques types en droit constitutionnel ou des régimes matrimoniaux ou successoraux types en droit civil. Ces concepts permettent d'identifier les figures du droit positif, de reconnaître par exemple que les dispositions inscrites dans telle Constitution correspondent à la catégorie « régime parlementaire ». En tout cas, il n'y a pas deux variétés de règles, « normatives » et « constitutives » : il y a les règles envisagées en tant que telles, dans leur fonction de règles de conduite, et les règles envisagées en tant que formant la compréhension de concepts, en l'occurrence de concepts juridiques. De la même façon que les règles de jeux servent à diriger la conduite des joueurs, mais sont par ailleurs ce qui définit les jeux eux-mêmes : le football, par exemple, n'est rien d'autre qu'un certain ensemble de règles ; jouer au football, c'est faire jouer ces règles, se placer sous leur empire.

III. Le troisième axe de mes cheminements philosophiques, qui occupe la dernière partie de mon ouvrage concerne l'herméneutique juridique. Il y a une quarantaine d'années s'est produit dans la pensée juridique ce qu'on a appelé le « tournant interprétatif » : l'interprétation des textes de droit, qui jusque là n'avait guère intéressé les juristes que dans ses aspects techniques, d'un point de vue dogmatique, est passée au premier plan de leurs réflexions théoriques fondamentales. En fait, on a un peu découvert la lune en prenant ainsi soudain une conscience aiguë du rôle fondamental que joue l'interprétation dans l'expérience juridique en liaison avec l'ontologie même du droit. En tout cas, ce tournant a marqué un véritable renouveau de la philosophie du droit en ouvrant de nouveaux horizons de recherche, mais aussi en insufflant un nouveau dynamisme, en alimentant de grands débats, de vives controverses. Ce bouillonnement d'idées m'a conduit à m'intéresser principalement à deux questions touchant aux caractéristiques de l'interprétation juridique, d'une part, et à la liberté de l'interprète juridique, d'autre part.

1. Certains courants de pensée, comme le mouvement américain *Droit et littérature*, ont prétendu que l'interprétation des textes juridiques pourrait s'inspirer utilement de l'interprétation des textes littéraires ; cette posi-

tion a été particulièrement soutenue, on le sait, par Ronald Dworkin. À l'examen, cependant, elle apparaît assez factice. L'interprétation des textes juridiques présente, en effet, des caractères spécifiques, que l'on peut ramener à l'idée générale d'interprétation pratique. Sur ce point, je propose de distinguer une *herméneutique pratique de l'action*, dont relève par excellence l'interprétation juridique, mais aussi l'interprétation des textes sacrés, et ce que l'on peut appeler une *herméneutique théorique de l'écoute*, qui est mise en œuvre par exemple dans le cadre de nos échanges courants d'informations, dans nos communications conversationnelles ou épistolaires, mais aussi dans nos contacts avec les écrits littéraires. L'herméneutique pratique a pour objectif d'éclairer l'application de règles de conduite par ceux à qui elles sont adressées et qui ont à les observer : l'interprétation ici s'inscrit dans une démarche pragmatique en prise avec l'agir des intéressés et se développant sur un registre déontique. Lequel est totalement étranger à l'interprétation que je nomme herméneutique théorique de l'écoute : elle a, en effet, pour objectif de faire comprendre des paroles qui s'adressent en tant que telles uniquement à l'entendement des adressataires, qui visent à leur communiquer des informations, à nourrir leur esprit de vues ou représentations, mais non à encadrer et corseter leur volonté dans ses accomplissements : l'interprète ici est exclusivement occupé à écouter le message informatif ainsi transmis, à capter toutes les données que le texte exprime ou laisse entendre ; il n'est pas en même temps, comme dans l'hypothèse précédente, tourné vers l'aval, vers la pratique dans laquelle va s'insérer la règle dont la teneur est à déchiffrer.

En tant qu'herméneutique pratique, l'interprétation juridique peut être caractérisée pour l'essentiel par quatre traits typiques :

- dans l'optique déontique sous laquelle elle se place, elle vise à dégager des marges de possibilité, des « on peut », des « on ne peut pas » ou des « on doit » ;
- elle fait partie intégrante de l'expérience juridique elle-même, l'interprète s'y trouve impliqué à un titre ou à un autre, qu'il soit sujet de droit concerné, praticien professionnel, juge ou théoricien dogmatique ; il ne peut se laver les mains des conséquences qu'auront ses interprétations : il n'est pas un tiers désintéressé, il a partie liée avec la pratique dans le cadre de laquelle il opère ;
- plus précisément, l'interprétation juridique s'inscrit dans un contexte de pouvoir politique et de contrainte sociale à l'intérieur

duquel les marges de manœuvre et l'autorité des interprètes varient en fonction de la place qu'ils occupent et des contraintes et pesanteurs qui pèsent sur leur démarche interprétative;

- enfin, l'interprétation juridique est particulièrement ouverte aux approfondissements exégétiques pour satisfaire aux besoins de la pratique et répondre à toutes les questions que les usagers de la réglementation juridique peuvent être amenés à se poser et qui doivent impérativement être résolues.

2. Mais c'est surtout le problème de la liberté de l'interprète juridique qui a été le plus vivement débattu au cours des dernières décennies. Deux camps se sont affrontés. Pour les tenants de thèses objectivistes, le sens d'un texte juridique serait un donné s'imposant à l'interprète, préexistant à sa démarche interprétative, qu'il n'aurait qu'à recueillir, – un donné intrinsèque pour les uns, correspondant à l'intention du législateur, à ce qu'il avait en vue et qu'il a déposé dans le texte, un donné extrinsèque pour les autres, correspondant au sens objectivement le meilleur parce qu'étant celui qui s'accorde le mieux au système juridique en vigueur et aux principes qui l'inspirent : c'est la thèse qu'a défendue Dworkin. À l'opposé, les tenants des thèses subjectivistes soutiennent que les textes en eux-mêmes, tels qu'ils s'offrent aux interprètes, ne sont que des coquilles vides : c'est aux interprètes de leur donner un sens, un sens qu'ils sont en principe libres de fixer. Encore faut-il, il est vrai, qu'ils aient le pouvoir de faire prévaloir leur interprétation, de l'imposer aux autres acteurs juridiques : en définitive, ce seraient donc les interprètes disposant d'un pouvoir d'interprétation souverain, essentiellement les Cours suprêmes, qui seraient les véritables auteurs de la réglementation, les véritables créateurs du droit, et non le législateur en titre, simple législateur de pacotille. Cette thèse a été développée notamment aux États-Unis par le mouvement *Critique du droit*, appuyé dans ses visées subversives et nihilistes par la croisade déconstructionniste de Jacques Derrida; elle a eu comme figures de proue en Europe Michel Troper en France et Friedrich Müller en Allemagne.

Les deux positions extrêmes ainsi défendues ont, à mes yeux, le tort de se focaliser, l'une et l'autre, sur des éléments partiels et tronqués de la réalité : il convient de procéder à un recentrage de leurs points de vue et à une reconstitution du processus interprétatif dans son entier. L'interprète juridique ne peut être mis sur le même plan que le législateur et présenté comme le législateur réel pour la raison qu'il n'est pas un prescripteur de

règles : comme le symbolise Hermès, le messager de Zeus, il n'est que le porte-parole du législateur ; ses interprétations doivent nécessairement passer par le prisme des textes émis par ce dernier et du sens littéral qui leur est attaché. Car il y a bien un sens qui est attaché à la lettre des textes et que les règles et conventions du langage permettent de décoder : à quoi serviraient autrement nos échanges linguistiques, y compris dans le cadre de cette conférence qui nous réunit ? Du reste, ceux qui argumentent que les textes ne sont qu'un emballage vide rempli au gré des lecteurs ont bien, dans le même temps, la conviction d'émettre eux des paroles pourvues de sens pour leurs propres lecteurs. Derrida, en particulier, montait facilement au créneau pour fustiger ceux qui auraient mal compris ses textes : sa diatribe avec John Searle dans les années 1977 à 1983 est un chef-d'œuvre de cette attitude paradoxale !

C'est précisément ce sens littéral que les objectivistes ont en vue. Toutefois, on ne doit pas le confondre avec l'intention de l'auteur, avec le vouloir dire du législateur ; qu'est-ce, d'ailleurs, que l'intention du législateur dans le cas d'un texte voté par une ou même plusieurs assemblées d'individus, parfois de plusieurs centaines d'individus ? Le sens littéral correspond plus exactement au *vouloir dire de la lettre du texte*, tel qu'il est commandé par les règles et conventions du langage : c'est dans cette mesure qu'on peut lui reconnaître valeur d'une hétéro-référence quasi objective.

Mais surtout, contrairement aux thèses objectivistes, le sens littéral, par lequel l'interprète est obligé de passer, ne le lie pas nécessairement de façon absolue et définitive. Ce sens littéral peut se révéler insuffisant à ses yeux pour répondre utilement aux besoins de la pratique : insuffisant en raison de son imprécision, de son ambiguïté, de son incohérence, ou encore de ses effets sociaux déraisonnables. Dans ces hypothèses, l'interprète est incité à aller au-delà et à procéder, à partir de ce sens de surface ou prime abord, à des approfondissements exégétiques, à des éloignements vers des arrière-plans. C'est à ce niveau qu'il recouvre une certaine liberté de manœuvre. Cette liberté ne s'exerce pas dès le départ, mais seulement – et éventuellement – dans une seconde étape, après que le sens littéral soit apparu insuffisant et en partant de lui, en lien avec lui, même s'il s'agit de prendre des distances avec lui. Surtout, dans cette nouvelle étape, la démarche de l'interprète reste toujours encadrée. D'une part, s'il peut s'écarter du sens littéral, c'est à charge pour lui de justifier ses extrapolations par une argumentation dialectique appropriée, destinée à convaincre les autres acteurs juridiques en présence que son interprétation est « la

bonne», «la meilleure»: c'est ici, à ce stade et avec cette portée bien circonscrite, que les analyses de Dworkin se révèlent pertinentes. Même les Cours suprêmes, en cas d'interprétations controversées, doivent par la motivation de leurs décisions convaincre du bien-fondé de celles-ci les parties et leurs défenseurs, les juridictions inférieures et, plus généralement, le public des professionnels du droit, voire le public tout court, l'opinion publique. D'autre part, dans sa démarche exégétique, l'interprète reste aussi toujours sous le contrôle de ceux qui ont autorité sur lui: sur ce point, le dernier mot n'appartient pas aux cours suprêmes, mais plus exactement à celui dont tous les interprètes, quels qu'ils soient, ne sont que les porte-parole, c'est-à-dire le législateur ordinaire ou constituant, qui peut intervenir en principe à tout moment pour désavouer ce qu'on prétend lui faire dire. Sans doute, pendant longtemps, il n'a guère été fait usage par le constituant de cette prérogative qui lui appartient, de sorte que les cours suprêmes ont ainsi bénéficié d'un pouvoir de dernier ressort au moins dans l'exégèse des textes constitutionnels. Mais si cette situation perdure encore aux États-Unis, ailleurs les choses ont nettement changé. En dehors du cas extrême du Mexique, on peut citer par exemple celui de l'Allemagne, de l'Autriche et aussi de la France où l'on ne voit plus d'un même œil ce rôle actif du constituant, indispensable garde-fou contre le gouvernement des juges: selon une excellente formule du doyen Vedel, «c'est la plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois».

*

* *

Chers Amis, je vous ai entraînés sur de bien trop longs cheminements, même s'il ne s'agissait que de raccourcis. Avant de m'arrêter, je voudrais simplement, en guise de conclusion, souligner le caractère fascinant, que j'ai toujours éprouvé, de l'expérience juridique, de cette expérience d'ingénierie sociale, de modelage de nos sociétés au moyen d'un outillage inapparent, fabriqué, circulant et mis en œuvre uniquement – et hermétiquement – dans nos esprits, à l'intérieur de nous-mêmes, derrière les accomplissements perceptibles auxquels il donne lieu, les dires et les faits et gestes. Par là, l'épaisseur d'étrange et de prodigieux de notre vie ordinaire m'a toujours paru de loin supérieure à toutes les fictions les plus fantastiques produites par notre imagination.

Réflexions des répondants

Commentaires sur la Conférence « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général »

Pierre-André CÔTÉ

Professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

De tous les philosophes du droit dont j'ai lu les travaux pour chercher à mieux saisir la nature de l'activité d'interprétation des lois, je n'hésite pas à dire que mon collègue et ami Paul Amssek est sans doute celui qui m'a été du plus grand secours.

Un mot décrit bien ce que Paul Amssek a été pour moi, c'est le mot « truchement ». Si on retrace l'étymologie du mot – procédé que le conférencier a utilisé souvent et avec succès pour éclairer le sens ou la fonction des mots ou des choses – on découvre qu'il vient de l'arabe « tourdjouman », mot qui désignait à l'époque des Croisades les personnes qui servaient d'interprètes entre les Croisés et les Sarrasins. Éventuellement, le mot prendra le sens général d'interprète. Dans les *Relations des Jésuites*, le terme « truchemens » désignait ces Français qui ayant tour à tour vécu parmi les « Sauvages » et parmi les Blancs, pouvaient servir d'interprètes auprès des nations amérindiennes. Ainsi, on disait d'une personne qu'elle était « truchemens chez les Illinois ».

Pour moi, Paul Amssek est un truchement qui a habité avec une égale compétence le monde des juristes et celui des philosophes. Il a, selon ses propres termes, porté deux casquettes, celle de philosophe et celle de juriste spécialisé dans le droit français des finances publiques. Ce ne sont pas tous les philosophes du droit qui, autant que Paul Amssek, ont vécu pleinement l'expérience juridique et ainsi pu agir comme intermédiaire crédible, comme truchement compétent entre les deux mondes dans lesquels son activité intellectuelle s'est déployée.

Je limiterai mes remarques à la partie de l'oeuvre de Paul Amselek consacrée à l'interprétation des lois. Je partage dans ses grandes lignes la conception de la nature de l'interprétation législative qu'il met de l'avant. Parmi les grandes leçons que j'ai retenues en lisant ses travaux, il y a la suivante, qu'il exprime dans le conclusion de son ouvrage: « [...] c'est dans notre univers mental – et c'est uniquement en lui – que logent et que sont à l'oeuvre les règles de droit »¹. Cette affirmation pourra sembler banale à certains, mais elle ne l'est pas, ne serait-ce que parce qu'elle heurte de plein fouet certaines conceptions véhiculées dans le discours et les institutions de notre droit positif. À titre d'exemple, la notion de « loi déclaratoire » repose sur la fausse idée qu'il y aurait un déjà là du sens des lois que la loi déclaratoire pourrait simplement mettre au jour, faire apparaître. Avec Amselek, il faut affirmer et réaffirmer que s'il y a « [...] un déjà là des paroles proférées par le législateur [,] il n'y a pas de déjà là de leur sens [...] il n'y a jamais de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit »².

J'ai trouvé particulièrement heureuse la formulation de la distinction que Paul Amselek propose d'établir entre deux grandes formes d'herméneutique, celle qu'il appelle **l'herméneutique pratique de l'action**, à l'oeuvre notamment dans l'interprétation juridique et qui se caractérise par ses visées pratiques, et **l'herméneutique théorique de l'écoute**, celle que, par exemple, nous pratiquons couramment dans nos échanges interpersonnels quand nous nous demandons quelles idées notre interlocuteur a voulu exprimer.

J'ai déjà raconté l'échange que j'ai eu il y a plusieurs années avec un personne qui exerçait la profession de traductrice législative à Toronto³. Lors d'une pause-santé, cette personne me dit: « Vous savez, nous, les traducteurs, nous sommes les premiers interprètes de la loi ». Sur le coup, j'ai trouvé que cette affirmation était juste, car la traductrice ne se pose-t-elle pas, devant un texte législatif, la même question que le juriste: quelles idées « le législateur » a-t-il voulu exprimer? Pourtant, à la réflexion, j'ai

¹ Paul AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Éditions Armand Colin, 2012, p. 618.

² Paul AMSELEK, « La teneur indéçise du droit », (1991) 107 *Rev. dr. publ.* 1199, 1203.

³ Pierre-André CÔTÉ, « Le traducteur et l'interprète, ou le double sens de la loi », dans Yves Poullet, Patrick Wéry et Paul WYNANTS (dir.), *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Éditions Kluwer, 2004, p. 85.

réalisé que le juriste se posait plusieurs autres questions qui n'intéressaient pas vraiment l'activité de traduction, comme « Le sens x est-il de nature à favoriser un résultat raisonnable et équitable? » ou encore « Le sens x assurera-t-il mieux que tout autre la cohérence de la loi? ». En somme, la traductrice, qui pratique une herméneutique de l'écoute, s'intéresse *au sens du texte* de la loi alors que, en partant de ce sens que Paul Amselek qualifie de « littéral », le juriste construit, dans une perspective pratique, *le sens ou contenu des normes juridiques*.

La recherche du « sens littéral » constitue, selon Paul Amselek, la deuxième étape du processus d'interprétation du juriste, processus qui débute par la lecture du texte et qui se termine par un approfondissement exégétique ayant pour but de déceler ce qui est impliqué ou sous-entendu dans le « sens littéral ». Voici en quels termes Amselek décrit ce troisième niveau, celui de l'analyse exégétique : « L'analyse exégétique consiste précisément, en fonction des besoins de la pratique qui animent l'interprète et grâce aux ressources de la logique et du raisonnement, à exploiter ce gisement, à procéder à des approfondissements de sens, à passer du sens littéral à l'exploration des profondeurs ou arrière-fonds vers lesquels il ouvre accès [...] »⁴.

Les termes « gisement », « approfondissement », « arrière-fonds », « arrière-plan », « creusement », « approfondissement de pensée », « exploration des profondeurs ou arrière-fonds » que Paul Amselek utilise pour décrire le niveau exégétique suggèrent tous que la règle est déjà entièrement présente dans ou sous le texte, présente soit en surface (le sens littéral), soit en profondeur.

Je crois, pour ma part, que si la théorie de l'interprétation doit faire une place à l'approfondissement du sens, elle doit aussi mettre en évidence le dépassement du sens que peut exiger le devoir du juriste de ne pas être insensible aux « besoins de la vie ». Même si, au plan du discours, les juristes canadiens ont coutume de tout rapporter au sens du texte en tant qu'expression de l'intention législative, en pratique, il me semble que le sens des lois – entendu au sens de contenu des normes – est construit en tenant compte souvent, et parfois surtout, des conséquences pratiques auxquelles conduit le « sens littéral ».

⁴ P. AMSELEK, préc., note 1, p. 422.

En terminant, je tiens à remercier Paul Amselek de nous avoir fait l'honneur de sa présence et les organisateurs de cette rencontre de m'avoir fait le plaisir d'y prendre part.

Quelques commentaires sur la Conférence « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général »

Hon. Yves-Marie MORISSETTE

Juge à la Cour d'appel du Québec

La conférence du Professeur Amselek est en quelque sorte une clé de lecture pour quiconque aborde son ouvrage. Le champ couvert par celui-ci est vaste, ce qui n'est que normal puisque l'auteur nous y décrit trois itinéraires intellectuels au cours d'une vie largement consacrée à l'étude et la réflexion théorique en droit. Je dis «largement» car tout un pan de son activité universitaire et professionnelle a aussi porté sur le droit public et, plus spécifiquement, sur le droit des finances publiques et le droit fiscal. En témoigne son imposante bibliographie. Manifestement, nous avons affaire ici à un théoricien du droit réputé qui ne s'est jamais laissé intimider par les mystères et les beautés du droit positif le plus aride, voire le plus abscons.

Je ne suis pas moi-même philosophe du droit, je tâte un peu de théorie du droit à la manière dont on taquine le poisson lorsqu'on se livre à une activité dominicale de pêche à la ligne. Bref, en amateur. Par conséquent, en fait de commentaire bien informé, j'aurai peu à contribuer sur la partie de l'ouvrage qui est présentée comme une enquête phénoménologique sur le droit. À la différence de M. Amselek, je ne me suis jamais mesuré à l'œuvre d'Edmund Husserl et fort peu à celle de Martin Heidegger.

Lorsque M. Amselek nous parle de Richard Rorty, de J.L. Austin ou de John Searle, je me sens un peu moins dépaysé. La philosophie analytique et le *linguistic turn* étaient un passage obligé lorsque, dans les années '70, j'ai complété mes études de doctorat en droit. Mais, encore là, ma réaction

en est une tout au plus de passivité réceptive, parce que j'ai perdu contact depuis trop longtemps avec les travaux de ce genre.

Là où je me sens plus directement interpellé par l'ouvrage, c'est dans sa troisième partie: le troisième itinéraire, consacré à l'interprétation et, plus spécifiquement, à l'interprétation juridique. Je voudrais partager avec vous quelques-unes des observations qui me sont inspirées par ce qu'expose Paul Amselek.

– I –

La première chose qui a attiré mon attention, c'est la rigueur avec laquelle M. Amselek définit ou circonscrit ce qui constitue pour lui une véritable activité interprétative. Manifestement, les emportements de l'herméneutique et de la déconstruction le laissent froid, ce qui est rafraîchissant pour un lecteur de mon âge. Admirateur comme je le suis des travaux de philosophes comme Searle⁵, Hacking⁶ ou Bouveresse⁷, et n'ayant que peu de patience avec les jeux de langage auquel se livre l'auteur de *Limited Inc.*⁸, je persiste à penser que la rigueur, l'intelligibilité et la volonté tenace de ne pas induire son interlocuteur ou son lecteur en erreur⁹ sont les premiers

⁵ Notamment de John SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995.

⁶ Notamment, d'Ian HACKING, *The Social Construction of What?*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

⁷ Il y aurait beaucoup de choses à citer ici, depuis Jacques BOUVERESSE, *Prodiges et vertiges de l'analogie. De l'abus des belles-lettres dans la pensée*, Paris, Éditions Liber-Raisons d'agir, 1999 jusqu'à Jacques BOUVERESSE, *Peut-on ne pas croire? Sur la vérité, la croyance et la foi*, Marseille, Éditions Agone, 2007, mais je me contenterai de mentionner: Jacques BOUVERESSE et Jean-Jacques ROSAT, *Le philosophe et le réel*, Paris, Éditions Hachette littératures, 2000.

⁸ Jacques DERRIDA, *Limited Inc.*, Paris, Éditions Galilée, 1990. Je demeure toujours sidéré devant les galéjades et les polissonneries dont était capable Jackie Derrida, même envers des gens qui auraient mérité infiniment mieux de sa part, comme par exemple Hans-Georg Gadamer, qui Dieu sait n'était pourtant pas un poseur – sur ce point, voir: Jean GRONDIN, « La rencontre de la déconstruction et de l'herméneutique », dans Jean-François MATTÉI (dir.), *Philosopher en français*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 235; Jean GRONDIN, *Hans-Georg Gadamer. A Biography*, New Haven, Yale University Press, p. 324 à 329.

⁹ Ensemble, ces trois exigences constituent, à mon sens, les assises de l'honnêteté intellectuelle.

devoirs de ceux qui se donnent la peine de publier des travaux dans de nombreuses disciplines universitaires sans lien immédiat avec les sciences de la nature. J'inclus dans ce dernier sous-ensemble la plupart des sciences humaines, mais également le droit, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une science humaine.

En lisant ce qu'expose M. Amserek sur l'interprétation, je me suis d'abord arrêté sur la distinction intéressante et à première vue analytiquement juste qu'il trace entre la prétendue «interprétation» des faits et ce qu'il appelle l'explication des faits. C'est une idée qui a piqué ma curiosité parce qu'il est exact que, dans le milieu professionnel où j'évolue maintenant, on a peut-être trop tendance à penser que la résolution d'une question de fait litigieuse est une affaire «d'interprétation» par le juge, d'interprétation de la preuve. Et à partir du moment où on en fait une question d'«interprétation», tout est permis, ou presque, on peut pratiquement laisser au vestiaire la discipline d'une investigation rigoureuse des faits.

Lorsque l'on nous dit, ce qui est constant dans la jurisprudence canadienne, qu'une prétendue erreur de fait commise par une juridiction du premier degré n'est réformable en appel que si on peut la qualifier de «manifeste et dominante» (c'est l'expression un peu maladroite qui nous est imposée par la Cour suprême du Canada – traduction approximative de *palpable and overriding error*)¹⁰, on introduit dans le domaine de la détermination des faits une forme de pluralisme interprétatif qui peut laisser songeur. Et je me suis demandé s'il n'y a pas là, aussi, une conséquence, et peut-être même une conséquence aberrante, des pratiques procédurales et processuelles qui sont considérées ici comme allant de soi. La plupart du temps, sur une question de fait délicate et vraiment controversée, la pratique qui a cours dans notre système de justice civile consiste à s'en remettre aux experts mandatés par les parties, des experts souvent tous plus partisans les uns que les autres. Ce qui engendre quelque chose qu'on décrirait en langue anglaise comme «a battle of narratives», un combat de récits fortement antagonistes. Cela tient à la façon dont nous comprenons et appliquons le principe du contradictoire.

¹⁰ Ce sont, bien sûr, les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, ainsi que les innombrables jugements qui s'y conforment, ou tentent de le faire.

Dans les pays d'Europe continentale, on s'en remet très généralement aux conclusions d'un seul expert, commis d'office par la juridiction auprès de laquelle il est accrédité, et il vide les questions de fait. Cela limite le risque d'un glissement vers une pratique qui à la longue dispense, en réalité, de tout effort soutenu d'élucidation des faits. Ici, par contraste, les faits techniques ou scientifiques sont mis à contribution de manière nécessairement partisane, l'expert prend parti, souvent sans se donner la peine d'aller au fond des choses pour en avoir vraiment le cœur net, et il construit l'hypothèse à la fois la plus favorable à la position de celui qui l'a mandaté et la plus compatible avec ce que l'on sait des circonstances de l'affaire. Et vice versa.

Il semblerait qu'à la base, le vice radical de cette façon de faire, c'est une mauvaise compréhension de ce en quoi consiste réellement une explication des faits. Aussi, quand le Barreau de robe s'insurge contre l'hypothèse d'un expert unique, c'est parce qu'il a mal assimilé ce qu'est un fait. La lecture de l'ouvrage de M. Amslek, au moins sur cette question-là, lui serait salutaire. Peut-être devrait-on la rendre obligatoire pour quiconque veut satisfaire aux exigences de formation continue qu'impose désormais l'ordre professionnel des avocats...

Mais je ne voudrais pas créer l'impression que je tourne la difficulté en dérision.

D'une part, les faits dont il est question ici constituent une catégorie relativement limitée d'événements. Ce sont des données empiriques porteuses de sens, certes, mais dépourvues d'une volonté de communiquer un sens. Un accident ferroviaire n'est pas un fait qui entend communiquer un sens. Ces données appartiennent au domaine du sensible et non de l'intelligible¹¹. Or, mis à part le cas très inhabituel d'une descente sur les lieux, ou encore celui, assez inhabituel aussi, des preuves appelées « *autoptic* » en

¹¹ D'ailleurs, dans cette optique, la volonté de communiquer un sens semble bien être la pierre de touche de ce qui peut valablement prêter à interprétation. M. Amslek écrit dans P. AMSELEK, préc., note 1, p. 418: « [...] l'attention ainsi portée à l'interprétation [depuis le « tournant interprétatif » des années 1970] a permis de sortir de l'ombre et de redécouvrir la nature essentielle du droit, à laquelle on se s'était guère intéressé jusque-là: le droit, les règles juridiques, ce sont des objets – des outils – qui appartiennent au monde de l'intelligible et non pas du sensible; leur substance, le matériau dont ils sont faits, c'est de la pensée, du sens. »

langue anglaise¹², de tels faits, livrés à l'appréciation directe du juge, sont l'exception dans le champ du contentieux tel qu'on le connaît ici. Même lorsqu'il n'est pas question de citer des experts comme témoins, la preuve d'un fait nécessite dans presque tous les cas la médiation d'un locuteur qui vient relater le fait dont il a été témoin, ou expliquer la nature de la chose (matérielle) qu'il porte à l'attention du tribunal. Avec la médiation de ce locuteur, qui lui veut communiquer du sens, l'herméneutique réapparaît. Cela brouille les pistes.

D'autre part, en matière d'*explication* des faits dans l'enceinte judiciaire, la question de la proportionnalité des moyens déployés vers une fin se posera toujours et débouchera inéluctablement sur une analyse avantages-coûts, ou coûts-bénéfices (qu'on me pardonne l'anglicisme, je veux être compris). J'ai déjà signalé dans une note sur la proportionnalité et la preuve civile¹³ combien la recherche ou l'explication des causes de deux catastrophes, l'écrasement de la navette spatiale Challenger suivi quelques années plus tard de celui de la navette Columbia, avait englouti des moyens incommensurables avec le déroulement normal d'un litige civil, même un litige d'une grande complexité. Il est plus que probable que l'on aura su, dans ces deux cas, quelles avaient été les causes intimes et dernières du désastre¹⁴. Mais, faute de moyens, cette « idée invincible de la vérité » que j'empruntais à Pascal dans un article de 2009 demeure presque toujours hors de portée du système judiciaire. Faute de grives, on se contente de merles, veut le dicton. On se contente alors d'approximations qui, n'étant

¹² Sur cette notion, voir : Kenneth S. BROUN, George DIX, Edward IMWINKELRIED, David H. KAYE, Robert MOSTELLER, Edward ROBERTS et John STRONG, *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul, Thomson Reuters, 2006, p. 368 : « In the contemporary courtroom, many new types [of nontestimonial evidence] have emerged, with the advent of videotape and computer graphics in particular. As a result, the problem of satisfactorily labelling the larger class that would include all such types has proved difficult. It has been variously referred to as real, autoptic, demonstrative, tangible, and objective. Perhaps "nontestimonial" and "tangible exhibits" are the most content-neutral descriptions. »

¹³ Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381, 411.

¹⁴ Je me reprends. Les causes dernières ? Le sait-on jamais ? Dans le cas de la navette Challenger, était-ce le vice de conception qui affectait les joints toriques fabriqués par un sous-traitant, l'entreprise Morton Thiokol, ou n'était-ce pas plutôt l'incurie d'une administration mise en garde par ses propres ingénieurs mais trop soucieuse de lancer une mission dans les meilleurs délais et aux moindres coûts ? Peut-être était-ce un peu des deux ?

jamais concluantes, finissent par être « interprétées » par le juge. La distinction analytique entre interprétation et explication conserve sa valeur intrinsèque mais, dans le tohu-bohu du contentieux, il est rarement possible de lui rendre justice.

– II –

Une deuxième chose qui m'a frappé, c'est la qualité et l'étendue de la synthèse que nous offre M. Amselek lorsqu'il expose les principales thèses en présence dans le champ de l'interprétation juridique, entre les deux extrêmes que sont le pôle objectiviste (disons, sous une forme évoluée, Ronald Dworkin) et le pôle subjectiviste (disons, sous une forme militante, Stanley Fish, ou encore Jacques Derrida, lequel n'émerge pas indemne de son tête à tête avec M. Amselek).

On se situe ici dans le champ restreint de l'interprétation véritable, et c'est habituellement celui où travaille le juge. C'est un champ à haute visibilité dans la communauté des juristes, mais un champ qui dans les faits ne recoupe, à mon avis, qu'une toute petite voire infime partie du droit. Une étroite lisière autour de l'édifice massif des règles juridiques. M. Amselek écrit :

« Aussi capitale que soit la place de l'interprétation, elle ne doit pas éclipser d'autres démarches qui prennent concomitamment place dans la pratique du droit et dont la portée est loin d'être négligeable : on peut les regrouper sous l'idée de « stratégies d'utilisation de la réglementation juridique. »¹⁵

Les innovations contractuelles, les contrats ou formulaires type, les circulaires interprétatives des administrations fiscales ou autres, les conventions constitutionnelles même, sont de cet ordre. Les intéressés se débrouillent sans rechercher la solution de leurs difficultés dans une « interprétation » judiciaire qui leur serait imposée d'autorité. Et j'ajouterais à cette énumération de situations litigieuses en puissance mais non en acte quelque chose qui ne relève pas des « stratégies d'utilisation de la réglementation juridique » mais qui me paraît néanmoins un élément capital de la réalité juridique. Je pense ici à ce qu'Ernest Weinrib appelle quelque

¹⁵ P. AMSELEK, préc., note 1, p. 423.

part « instances of immanent intelligibility »¹⁶, les espèces ou les cas innombrables où il n'y a pas matière à interprétation. Car, n'en déplaise aux contempteurs de la rationalité juridique, de telles situations existent. Oh ! que si !

Mais revenons dans le champ étroit de l'interprétation véritable. L'activité interprétative en droit, telle qu'elle est vécue par ceux ou celles dont c'est le métier a, je regrette de le dire, assez peu à voir avec le tableau qu'en donnent les théoriciens objectivistes ou subjectivistes que je viens de mentionner.

Commençons par répondre aux objectivistes. J'avais écrit il y a quelques années, dans les *Mélanges Pierre-André Côté*¹⁷, qu'on ne voyait presque jamais de problèmes d'interprétation dont la résolution est certaine. Je veux être plus précis. En onze ans de magistrature, je dirais qu'au total j'ai peut-être vu quatre ou cinq fois des difficultés d'interprétation dont la solution pouvait être qualifiée de certaine, une solution qui dissipe absolument toute apparence d'ambiguïté et qui s'impose à tous. Comme, *grosso modo* et toutes catégories confondues, j'ai dû signer en formations de trois ou de cinq juges, ou comme juge unique, près de 2 500 jugements, on m'accordera que quatre ou cinq cas de ce genre, c'est bien peu...

J'en avais donné des exemples dans le texte en question et je reviens sur l'un deux, *E.G. c. Reid*¹⁸. L'affaire portait sur l'interprétation de la *Loi sur l'aide financière aux études* de l'époque et sur un règlement d'application de cette loi. La requérante, une étudiante en droit, tentait d'obtenir un jugement déclaratoire sur la légalité d'une pratique appliquée systématiquement par le ministère de l'Éducation. Récipiendaire de prêts et bourses, et mère monoparentale, elle soutenait que le ministère incluait abusivement dans le calcul de ses revenus la pension que lui versait un ex-conjoint

¹⁶ Encore qu'en disant cela, je commente peut-être un contresens (horreur !). Précisons. J'entends par cette expression tout cas d'application d'une règle écrite sur le sens de laquelle les intéressés, à un quelconque moment dans le temps, sont unanimes. Denis PATTERSON, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996, notamment aux pages 37 et suivantes, lie contestation avec Weinrib sur cette question, mais je ne pense pas que cela puisse vider la notion de son sens ou de son utilité telle que je viens de l'employer.

¹⁷ Yves-Marie MORISSETTE, « Peut-on “interpréter” ce qui est indéterminé ? », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 9.

¹⁸ 2009 QCCA 2086, [2009] R.J.Q. 2737.

pour l'enfant dont elle avait la garde. À première vue, et si l'on analysait la difficulté comme la juge de première instance, le pourvoi concernait le droit à l'égalité, l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et la jurisprudence (abondante et peu simple) sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bref, l'usine à gaz, et nous nous attendions à devoir vigoureusement retrousser nos manches pendant un long et pénible délibéré pour tenter d'y voir plus clair.

Or, la disposition applicable du règlement contenait une divergence entre le texte français (qui visait «les montants reçus à titre de pension alimentaire», donc toute forme de pension alimentaire) et anglais (qui visait «amounts received as child support», donc une pension alimentaire pour enfant). La juge saisie du recours avait conclu que cette divergence était sans importance puisque, dans un cas comme dans l'autre, la requérante devait inclure la pension dans son revenu. Mais une lecture attentive du texte conduisait fatalement à une seule conclusion : «amounts received as child support» ne pouvait s'entendre que d'une pension versée à un(e) étudiant(e) à la suite de la séparation ou du divorce de ses parents – et non celle reçue pour l'entretien d'un enfant qu'il ou elle avait eu avec un(e) ex-conjoint(e). Certes, la question est un peu technique, et elle requiert un examen méticuleux des textes, mais la solution ne peut faire de doute.

Ni les parties, ni la juge de première instance, n'avaient considéré cette caractéristique du texte, qui leur avait échappé jusque-là. Elle n'avait pas échappé à mon collègue le juge Giroux. Mis au fait de la chose par les membres de la formation de jugement dès le début de l'audience, l'avocat du ministère dut rapidement concéder que seule cette solution résistait à l'analyse, que pour une fois on tenait vraiment la «bonne réponse». La durée de l'audience, notée au procès-verbal, démontre que le débat fut fort bref. En somme, on avait affaire ici à un d'un cas d'immanent intelligibility longtemps passée inaperçue des lecteurs. De telles situations, je le répète, sont rarissimes, et il est inconcevable pour un juge en exercice que la «bonne réponse» chère aux objectivistes soit autre chose qu'une anomalie de ce genre. Dans l'ordre du droit positif, la «bonne réponse» à une question d'interprétation est plutôt celle que lui donne d'autorité le plus haut tribunal au dernier degré d'appel, mais ce n'est vraiment pas la même chose que la «bonne réponse» de Dworkin et des autres objectivistes. Les deux notions ne sont pas mutuellement exclusives, sans doute arrive-t-il parfois qu'elles se chevauchent (il peut arriver que le plus haut tribunal au dernier degré d'appel donne une «bonne réponse» au sens du droit posi-

tif qui coïncide avec la « bonne réponse » en laquelle croient les objectivistes), mais ce ne peut être que fortuit. Bref, les objectivistes n'ont pas tout compris, loin de là.

Venons-en maintenant aux subjectivistes.

M. Amselek consacre plusieurs pages aux contraintes qui pèsent sur les interprètes. Ce qu'il nous dit sur le sujet me semble un compte-rendu beaucoup plus fidèle de la réalité que ce qu'en disent Stanley Fish, Jacques Derrida ou les adeptes *Critical Legal Studies*, du moins lorsque ceux-ci semblent affirmer qu'aucune contrainte ne nous lie. La seule chose qui, peut-être, n'est pas suffisamment mise en lumière dans cette description de plusieurs pages, ce sont les aléas auxquels l'interprète s'expose lorsqu'il doit travailler avec un matériau qui n'est pas simplement vague, ambigu ou sous-déterminé, mais qui est pratiquement incompréhensible. Ici encore, dans les *Mélanges Pierre-André Côté*, j'avais donné un exemple tiré de la jurisprudence, que je faisais suivre du commentaire suivant :

« Lire et bien comprendre le ou les textes de loi en litige est souvent délicat, comme l'illustre cet arrêt court mais dense. Il arrive que cela contraigne le juge à un exercice *extrêmement ardu* d'élucidation du sens, du sens univoque qui pourrait émerger, et qui occasionnellement émerge en effet, d'un fatras de textes abstrus dans la formulation desquels le législateur semble s'être soucié comme de sa dernière chemise de l'intelligibilité de son œuvre auprès de ses lecteurs. Ou du moins de ceux, toujours nombreux, qui n'ont pas l'heur de connaître comme lui, et jusque dans les plus menus détails, le foisonnement d'embûches techniques et de complications pratiques qui jonchent le champ particulier où il intervient et qui expliquent les étonnantes contorsions langagières auxquelles il se livre parfois. Le droit fiscal est, par excellence, le théâtre de telles acrobaties sémantiques. »¹⁹

Subjectivement, la plus impérieuse des contraintes pour le juge, qui est d'ordre à la fois déontique et professionnel, c'est en effet la nécessité de comprendre. Combien de fois nous demandons-nous : « Mais qu'est-ce que cela peut vouloir dire!?! »

Entre les authentiques « bonnes réponses » (rarissimes) et les « exercices *extrêmement ardu*s d'élucidation du sens » (passablement plus fréquents qu'on ne le croirait) se trouve une vaste plage où le vague et l'indétermination laissent à l'interprète une certaine marge de choix. Que ces choix

¹⁹ Y.-M. MORISSETTE, préc., note 17, à la page 30, note 79.

s'exercent sous l'effet de contraintes est indéniable. Mais ces contraintes, pourtant tangibles, n'imposent jamais une solution univoque. On peut donc faire le constat qu'elles existent, mais elles ne suffisent jamais pour expliquer, ni à plus forte raison pour prédire de façon certaine, comment sera résolue une véritable ambiguïté.

À mon avis, c'est cela qu'avait lucidement esquissé Hart dans *The Concept of Law*²⁰, c'est ce qu'a démontré de manière absolument implacable Timothy Endicott dans *Vagueness in Law*²¹, et c'est aussi la raison pour laquelle M. Amselek écrit dans les dernières pages de son ouvrage que l'apaisement procuré par le type de théorie que véhicule l'œuvre de Ronald Dworkin est purement illusoire.

Une fois qu'on a dit cela, on a épuisé, je crois, ce qui peut être dit d'utile sur le sujet. Le reste comportera toujours une marge irréductible d'aléatoire, et il ne peut en être autrement. Aussi vais-je maintenant me taire²².

²⁰ Herbert HART, *The Concept of Law*, 2^e éd. (avec une postface établie après le décès de l'auteur par Penelope A. BULLOCH et Joseph RAZ), Oxford, Oxford University Press, 1994. La première édition date de 1961.

²¹ Timothy ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

²² On connaît la chanson: «Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen».