

Herméneutique et droit *

Francesco VIOLA

Professeur à l'Université de Palerme

RÉSUMÉ.— L'auteur propose une doctrine de la méthode interprétative qui entend se démarquer tant de l'herméneutique de Gadamer que de celle de Betti.

Le fait que la pensée juridique puisse recevoir des apports utiles des développements plus récents de l'herméneutique est une chose largement acceptée. Je ne me propose pas ici de renforcer cette conviction. Mon objectif direct est de soumettre à une révision globale les représentations usuelles de l'expérience juridique. Mais, en procédant ainsi, je me dirigerai vers des issues qui rendent indispensable et fructueux le recours à la philosophie herméneutique contemporaine.

Pour cela, le point de vue de mon approche diffère autant de celle d'Emilio Betti que de celle de Hans Georg Gadamer (2). A la différence de Betti, je ne considérerai pas l'herméneutique simplement comme une méthode, mais surtout comme une philosophie (3). A la différence de Gadamer, je ne me servirai pas de l'herméneutique juridique pour tirer des arguments en faveur de la philosophie herméneutique. Mon but est simplement d'établir un lien entre philosophie du droit et philosophie herméneutique sur la base de quelques thèmes communs. Je n'ai pas l'intention d'élaborer une philosophie herméneutique du droit, mais seulement de mettre en évidence dans le cadre de l'expérience juridique ces aspects qui remettent en cause la philosophie herméneutique.

Si parmi les riches perspectives contemporaines (4) nous voulons comprendre celles d'entre elles qui sont plus spécifiquement juridiques, nous devons avant tout changer radicalement la présentation du droit que nous propose la science juridique depuis un siècle. Ma tâche consistera tout d'abord à démontrer les insuffisances de cette interprétation de l'expérience juridique et d'en dégager une représentation nouvelle.

Il s'agit d'un profond changement de mentalité et d'une conversion profonde dans l'approche de l'expérience juridique. La nécessité de ce changement de la conception globale du droit n'est pas dictée par le souci d'appliquer à celui-ci des idées philosophiques externes mais par la constatation d'une inadéquation interne de la précompréhension du

* Ce texte constitue le chapitre 1er du livre de Francesco VIOLA *Il diritto come pratica sociale*, Editions Universitaires Jaca, Milano, 1990. Seules de légères modifications qui ne touchent pas à la substance du texte ont été apportées. Traduit de l'italien par Patrick Nerhot. Prof. di Filosofia del Diritto, Ferrara.

(2) Pour une comparaison entre l'une et l'autre, voir L. MENGONI, « La polemica di Betti con Gadamer », in *Diritto e Valore*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 59-77.

(3) Sur la différence entre méthode herméneutique et philosophie herméneutique, voir J. BLEICHER, *L'ermeneutica contemporanea*, trad. ital. S. Sabatini, Il Mulino, Bologna, 1986.

(4) Pour une présentation générale de ceci, voir M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*. Bompiani, Milano, 1988.

Il s'agit d'un profond changement de mentalité et d'une conversion profonde dans l'approche de l'expérience juridique. La nécessité de ce changement de la conception globale du droit n'est pas dictée par le souci d'appliquer à celui-ci des idées philosophiques externes mais par la constatation d'une inadéquation interne de la précompréhension du droit qui guide la théorie juridique de notre temps. Pour cela je traiterai de l'expérience juridique et de la réflexion scientifique qu'elle a suscitée.

I. — SCIENCE ET DOGMATIQUE JURIDIQUE

L'histoire de la science juridique connaît au XIX^e siècle une exclusion progressive de la problématique de l'interprétation du champ épistémologique. Les problèmes de l'interprétation seront toujours plus considérés comme non pertinents pour une science de la jurisprudence. Ce propos peut être illustré en observant le rôle joué par la dogmatique dans son rapport à la science juridique. C'est la dogmatique en effet qui est le siège de l'interprétation en droit, son objectif traditionnel étant de comprendre les significations des propositions juridiques. Il est pour cela légitime selon nous d'identifier les développements de la dogmatique à ceux de l'interprétation.

La culture juridique du XIX^e siècle, dont nous sommes encore aujourd'hui largement imprégnés, a organisé une divergence progressive entre dogmatique et science juridique (5). Les rapports entre l'une et l'autre sont étroitement liés à la valeur que l'on attribue aux concepts juridiques, c'est-à-dire à leur pérennité et à leur caractère absolu ou à leur contingence et à leur caractère relatif. Dans un premier temps, dogmatique et science juridique s'identifient totalement. La méthode de la dogmatique, tant exégétique que systématique, est celle de la science. La dogmatique porte en elle une évidente dimension épistémologique, particulièrement accentuée dans son insistance sur la « méthode juridique ».

La méthode exégétique n'est pas antisystématique, elle veut empêcher que le juriste puisse substituer son propre système à celui du code. Le système du droit civil coïncide avec l'ordre du code napoléonien. La logique du droit se résout dans la logique législative. Chaque code a toutefois un ordre interne parce que sur lui repose la dogmatique développée par les juristes qui l'ont élaboré. Cette dogmatique s'est maintenant cristallisée dans le système législatif, mais les processus interprétatifs et applicatifs amènent une révision continue du système du droit positif, révision que la méthode exégétique entrave. C'est ainsi que le transfert d'intérêt vers la méthode systématique, oeuvre de l'Ecole historique du droit, peut être considéré comme le signe de la primauté de l'activité interprétative sur toute formulation juridique extérieure.

La contingence, tout comme la variabilité des processus interprétatifs, sont neutralisés par la conviction de la permanence des principes juridiques dans leur développement historique. Même si les règles rassemblées au sein de l'instance juridique peuvent être exprimées sous la forme d'un texte législatif, demeure la conviction qu'elles ont une origine plus lointaine et un fondement bien plus stable, ceci parce qu'à travers elles, pense-t-on, sont encore actifs ces principes juridiques enracinés dans l'expérience d'un peuple et, plus loin encore, dans l'humanité toute entière.

Avec la distinction, que nous trouvons dans la pensée de Jhering, entre jurisprudence inférieure et jurisprudence supérieure, commence à être contestée la dimension scientifique de l'interprétation. Est admis que dans la partie inférieure les concepts de la dogma-

(5) Pour de plus amples développements, voir F. VIOLA, M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 130-143.

tique sont relatifs et variables puisqu'issus, essentiellement, de l'interprétation de normes législatives contingentes. Par voie de conséquence, la véritable et authentique activité scientifique appartient à la haute dogmatique où les concepts juridiques déploient toute leur potentialité abstraite. L'école Pandectiste également poursuit l'idéal d'une science juridique qui aurait la forme d'une mathématique conceptuelle dépourvue désormais de toute référence à la réalité sociale et aux phénomènes concrets d'apparition des normes et de leur interprétation.

Il semble dès lors plus approprié de parler de dogmatique uniquement dans la phase où se reconstruit le système actuel du droit, phase qui va de l'exégèse à la systématique, pour parler de science juridique proprement dite seulement à l'égard de la recherche qui prend son envol dans le « ciel des concepts ».

Cette solution du problème épistémologique, si elle est logiquement requise par les prémisses initialement posées, n'est guère convaincante puisqu'elle va à rencontre de la manière commune de concevoir le travail du juriste. Le sens commun attribue en effet au juriste le devoir d'interpréter des normes, d'en connaître leur sens et d'en ordonner les contenus normatifs. Ceux que nous appelons « juristes » peuvent sûrement faire bien des choses mais ils ne peuvent en aucune manière se dispenser de faire ce que nous attendons qu'ils fassent pour mériter cette appellation, nous voulons dire l'interprétation du droit positif. Précisément en ce devoir qui est le leur, leur approche ne serait pas scientifique, voilà qui ne convaincra personne.

L'importance grandissante de la création législative des normes et le fait de réduire tout le droit à la loi de l'État empêchait toujours plus de voir dans les instances juridiques des racines profondément enfoncées dans l'histoire de l'humanité. Les phénomènes juridiques n'étaient plus perçus comme des manifestations extérieures de principes originaires, ontologiquement ou historiquement enracinés. Il semblait désormais qu'ils ne pouvaient plus être justifiés que sur la base de la logique interne de l'assise juridique ou sociale à laquelle ils appartenaient, n'ayant plus épaisseur ni profondeur.

Les résultats de l'interprétation acquièrent ainsi une valeur contingente et relative à un système juridique préalable, avec l'évident préjudice qui en résulte quant à la scientificité de la jurisprudence. Emergent alors d'une part la conviction que la dogmatique est une technique dépourvue de valeur scientifique, tout simplement utile à la pratique juridique et d'autre part la nécessité de redéfinir les devoirs propres d'une science du droit.

Il est clair que la science juridique doit faire des concepts interprétatifs son objectif propre, mais la justification de ces derniers ne portent plus sur le contenu, qui est contingent, mais sur la forme. Le formalisme devient un chemin nécessaire pour une science qui veut sauver sa propre scientificité (6).

Les concepts de la science juridique, à la différence des concepts interprétatifs de la dogmatique, apparaissent dorénavant comme des concepts de sens (7), puisqu'à leur lumière se dévoile le sens, ou la valeur, ou la force, des significations contenues dans les concepts dogmatiques. Ainsi, le juriste n'est pas purement et simplement l'interprète de contenus normatifs, mais devient celui qui connaît le sens des concepts dogmatiques. De cette façon, la science juridique ne se distingue pas de la dogmatique par son objet, comme dans le modèle précédent, mais par l'opération qui confère un sens aux significations normatives. La dogmatique va à la recherche des significations des énoncés norma-

(6) Sur les différents sens du « formalisme juridique », voir Mario JORI, *Formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.

(7) Je reprends l'expression de P. RICOEUR, *Sémantique de l'action*, version italienne *Semantica dell'azione*, publié par A. Pieretti, Jaca Book, Milano, 1986, qui s'adapte bien selon moi à la science juridique. Il suffit de penser à la distinction kelsénienne entre sens subjectif et objectif des actes de volonté.

tifs et cette opération constitue la première phase de la science juridique. La seconde est la phase décisive en ce qu'elle éclaire l'essence de ces significations. A ce stade, le problème de la science juridique devient celui du sens des concepts juridiques. Nous trouvons dans la théorie juridique deux réponses principales à cette question : l'une téléologique et l'autre normative.

Si le droit est considéré comme ayant une fonction sociale dont le but est d'assurer l'ordre et la poursuite d'intérêts communs, alors la signification des normes aura une valeur téléologique, c'est-à-dire que les normes devront être interprétées du point de vue de leur adéquation au but poursuivi.

A cette conviction est objecté que l'origine et la fonction des normes positives intéressent la science politique et la sociologie mais qu'elles renseignent bien peu la science du droit. Le juriste et le juge, au contraire, pensent la norme comme le critère exclusif de régulation et par conséquent le « régulé » (la conduite humaine) vient à être qualifié en relation à une règle, qui est le critère absolu d'évaluation juridique (8). La normativité semble être le sens propre des concepts juridiques qui peuvent, par ailleurs, être évalués également à partir d'autres perspectives. Dans tous les cas, la science et la dogmatique juridiques se trouvent désormais sur des plans nettement distincts. Ce n'est pas par hasard si science et technique sont tout à fait opposés du point de vue épistémologique (9).

Il semblerait que la problématique du sens des concepts conduise la science juridique dans les bras de l'herméneutique. Pourtant il n'en est pas ainsi. En effet, ce sont les concepts de sens qui définissent la juridicité, de sorte que leur fonction est d'établir le cadre dans lequel jouent légitimement les contenus juridiques de la dogmatique. Que ce soit dans une perspective téléologique ou normative, le contenu du droit est irrelevant pour ce qui concerne la juridicité. Seule la forme compte, que ce soit celle de la relation moyen-fin ou celle du devoir être. Dans tous les cas la juridicité s'identifie avec la forme et n'est en aucune manière liée à des contenus déterminés. Cela confère à la problématique du sens des concepts juridiques une valeur essentialiste. Est ainsi exclu que les concepts de sens soient déterminés à leur tour par le contexte, est au contraire recherchée une autonomie des concepts à l'égard de tout contexte dans la mesure où la théorie du droit aspire à valoir pour toutes les organisations juridiques de tous temps et tous lieux (10).

L'ancrage de la science juridique à l'invariabilité de la forme permet le libre jeu de la thèse sceptique quant à l'interprétation (11). Cette thèse puise sa source d'une double considération : d'une part du caractère inconstant et de la contingence de la loi positive, d'autre part de la constatation qu'il existe une multiplicité d'interprétations possibles du même texte de loi. On sait que Kelsen soutient l'entière discrétion du juge au sein du cadre législatif et qu'il considère le choix interprétatif comme un acte de décision et non de connaissance. Dans la conception kelsénienne, que nous pouvons considérer comme l'issue ultime de l'angoisse épistémologique de la science juridique du XIX^e siècle, jamais la jurisprudence ne s'est trouvée aussi éloignée de l'herméneutique. Nous trouvons là une conception forte de la science juridique d'une part, qui s'accompagne d'une conception faible de la dogmatique d'autre part, c'est-à-dire de l'interprétation juridique.

(8) Voir U. SCARPELLI, « La teoria generale del diritto: prospettiva per un trattato », in *La teoria generale del diritto, Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, p. 292-301.

(9) Voir N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934.

(10) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. ital. M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, p. 9.

(11) Voir H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. ital. M. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, cap VII.

II. — RAISON FORTE ET RAISON FAIBLE

La dichotomie entre raison forte et raison faible est fortement enracinée dans l'histoire de la pensée juridique. Lors d'un récent colloque, N. Bobbio a démontré que la théorie du droit rejoint la raison en deux lieux bien distincts : « le lieu le plus élevé où est attribué à la raison durant des siècles une puissance créatrice et fondatrice et un endroit moins élevé où la raison a le devoir secondaire ou subordonné de développer ce qui est admis, d'explicitier l'implicite, de relier principes et conséquences, de tirer des conclusions des prémisses, de conduire des arguments en faveur ou contre une thèse » (12).

La dichotomie a clairement une origine jusnaturalistique. Affirmer qu'entre les différents types de la loi il y a la loi de la raison, qui est le fondement de toutes les autres lois, est bien différent que d'affirmer qu'entre les formes variées de la raison il y en a une dont se servent de préférence les juristes dans l'acte interprétatif. Dans le premier cas nous aurons une raison au sens substantiel du mot (*ratio ut natura*) générant le concept de *recta ratio* ; dans le second cas au contraire on parlera de raisonnement, de raisons.

N. Bobbio concluait, non sans quelque nostalgie, que le problème de la raison forte est complètement abandonné, alors que celui de raison faible est de plus en plus développé. L'instance de la raison forte provient en effet de la théorie juridique, dans cet épigone du jusnaturalisme moderne. Il est vrai que cette instance de la raison forte n'a pas pris toute sa valeur en tant que raison substantielle mais comme inconvertibilité d'une raison formelle ; elle n'en est pas moins une raison forte. À côté de cette raison (et indépendamment de celle-ci) de caractère définitoire et purement formel, se développe de manière de plus en plus riche et articulée la « raison juridique », c'est-à-dire la topique, l'argumentation et la justification, formes que la raison prend dans l'activité du juge ou du juriste en relation avec des cas concrets et des décisions particulières à prendre. La raison forte de la théorie est vide, tandis que la raison faible de la pratique est contingente, qu'elle appartient au règne du probable et du subjectif, nécessitant une autorité et dépourvue de certitude absolue.

La situation actuelle est le résultat de la désillusion néopositiviste à l'égard de la raison scientifique. La disparition progressive de la raison forte du scientisme s'observe dans le scepticisme gnoséologique naissant et dans la conviction persistante de l'imperfection structurelle de la raison pratique à laquelle on ne peut que s'adapter.

Dans ces conditions, il semblerait que l'influence de l'herméneutique soit conditionnée et limitée dans le champ d'une rationalité de petite envergure, d'une rationalité qui se limite à naviguer dans l'existant, en trouvant seulement des points d'attache provisoires et incertains. Il n'en va pourtant pas vraiment ainsi.

L'attention du juriste pour l'herméneutique a ses racines dans la nuit des temps. Durant notre siècle, on peut constater que les juristes n'ont pas attendu l'avènement du processus de réhabilitation de la « praktische philosophie » pour ouvrir à l'herméneutique les perspectives de la raison juridique. Les études pionnières de Emilio Betti (13),

(12) N. BOBBIO, « La ragione nel diritto », in *Reason in Law*, sous la direction de C. Faralli et E. Pàttaro, vol I, Giuffrè, Milano, 1987, p. 79.

(13) Nous savons l'importance que H. G. Gadamer a su donner aux études de Betti qui, bien qu'isolées en Italie, ont pu trouver en terre allemande un vaste écho et semblent destinées à de nouveaux approfondissements critiques. Voir en particulier T. GRIFFERO, *Interpretare. L'interpretazione di Emilio Betti*, Rosenberg e Sellier, 1988.

Josef Esser (14) et Martin Kriele (15) sont un symptôme clair de la réaction contre la réaction technologique du néopositivisme dans sa version juridique. Il est significatif que de telles positions n'aient pas été déterminées en premier lieu par des motivations de caractère philosophique et épistémologique, mais par des difficultés de type opératoire. Il faut y voir ici l'expression particulière de l'interprétation juridique et de son aptitude à mettre en difficulté le modèle le plus accrédité de la science juridique, c'est-à-dire le modèle néopositiviste et analytique. Ce dernier est critiqué non pas pour sa conception de la théorie du droit, mais pour sa conception de la dogmatique ou, plus généralement, pour sa conception de la pratique de l'interprétation qui en dérive. Toutefois, la critique de la théorie de l'interprétation rétroagit sur la théorie générale du droit à laquelle est imputée cette critique.

III. — THÉORIES SÉMANTIQUES ET THÉORIES INTERPRÉTATIVES DU DROIT

Reconnaissons à R. Dworkin le mérite d'avoir bien su poser ce problème dans la distinction qu'il fait entre « Semantic Theories of Law » et « Interpretive Theories of Law » (16). Les premières identifient les critères de validité du droit, c'est-à-dire la définition du droit et les conditions de vérité des propositions juridiques. Les théories positivistes sont de ce type et diffèrent entre elles dans l'identification des faits historiques décisifs pour la validité. Les théories jusnaturalistes sont aussi sémantiques et diffèrent des théories positivistes parce qu'elles poursuivent des critères non seulement factuels mais aussi moraux pour décider quelle proposition juridique est vraie. Le problème n'est pas de contester telle ou telle solution sémantique mais de discuter dans sa globalité une telle approche dans sa prétention à une meilleure appréhension de la question du droit.

Les théories sémantiques ont pour objet l'identification de ce sur quoi doit s'exercer l'interprétation juridique. Avant d'interpréter, je dois définir ce qui doit être interprété. L'interprétation sera juridique si elle porte sur des « choses juridiques ». Évidemment, la méthode interprétative devra s'adapter à la « nature » de ces choses et nous aurons alors une « méthode juridique ». Les théories sémantiques s'occupent pour cela de définir et de délimiter le champ de la juridicité, au sein duquel devra s'exercer l'interprétation juridique. Il s'agit plus d'une « *actio finium regundorum* » des horizons interprétatifs que des processus interprétatifs typiques. On retiendra que la juridicité existe dans bien des secteurs différents de l'expérience, qu'ils soient des faits, des normes, des comportements ou des valeurs morales.

Il suffit d'examiner, même superficiellement des théories du droit du XX^e siècle, de Kelsen à Raz (17), pour se rendre compte soit de l'importance du « critère d'identité » soit de la manière dont celui-ci est utilisé sur le plan théorique.

(14) Voir G. ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.

(15) L'œuvre de M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Vandenhoeck e Ruprecht, Göttingen, 1979, appartient à ce vaste mouvement de réhabilitation de la philosophie pratique.

(16) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, p. 32 et s.

(17) La référence à la pensée de Hart est plus problématique et n'est reçue peut-être que difficilement dans l'approche sémantique à laquelle elle reste liée. Ceci explique les interprétations contrastées qu'elle a pu recevoir de N. MacCormick d'une part et de R. Dworkin d'autre part ; voir N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981.

Selon Kelsen, l'objectif de la théorie du droit est d'identifier la caractéristique qui fait d'un ordre une « norme » et qui fait qu'une norme soit « juridique » ; dans cette entreprise, l'interprétation est complètement laissée de côté. C'est seulement quand a été esquissé le panorama de la validité normative qu'on ouvre l'accès à l'interprétation. La grande importance accordée au « système dynamique » et à la délégation de pouvoir, afin d'établir le lien juridique entre normes de degrés différents, nie l'importance de l'interprétation des contenus normatifs pour la théorie du droit. Que cette entreprise ait effectivement réussi ou que l'interprétation, mise à la porte, soit re-entrée par la fenêtre est une autre affaire.

Même dans la « théorie des sources » de Raz, pour qui le monde des sources juridiques doit être élargi afin d'inclure les sources interprétatives, prévaut au bout du compte l'exigence d'identifier un ensemble de règles suffisamment défini comme « objet juridique » (18).

Cette attitude sémantique n'est certainement pas un caprice des théoriciens du droit, mais reflète clairement une exigence du juriste et l'indubitable valeur éthico-politique de la certitude. Si le droit veut s'acquitter de sa fonction de contrôle social et de réglementation des conflits, il doit pouvoir offrir un « test » de validité incontestable qui soit un ancrage sûr au travail interprétatif du juriste et qui, en même temps, soit une référence pour le comportement des citoyens. La même exigence a poussé les juspositivistes à considérer le droit comme un ensemble de règles attestables en n'importe quelles circonstances et sans que cela n'implique pour autant un jugement moral sur leur contenu. Le champ du droit doit être soustrait à l'arbitraire et à l'incertitude. Cette motivation est au principe de l'attitude, typique, du juriste légaliste pour qui le droit est un « objet » constitué d'énoncés normatifs, c'est-à-dire d'entités linguistiques présentes dans les langages écrits. Il ne doit pas être permis de sous-évaluer la grande importance de cette exigence pour la vie sociale et il serait téméraire de la jeter aux orties. Quoiqu'il en soit, la nécessité d'atteindre cet objectif a conditionné lourdement et pas toujours positivement la théorie du droit.

Nous avons déjà noté le détachement progressif de la science juridique de la dogmatique et il apparaît maintenant clairement que ceci a été causé par l'exigence de brider une activité interprétative qui constitue, par son ambiguïté, une source d'incertitude et d'instabilité. C'est cette conception déterminée qui a conditionné la science juridique. La remarque illuministe selon laquelle interpréter un texte équivaut à le corrompre (19), était une mise en garde que l'on ne devait pas oublier et qui effectivement ne l'a pas été. Il est évident que la question « Que devons-nous interpréter ? » était prioritaire par rapport à la question « Comment interpréter ? ». L'erreur consiste à considérer que la première question seulement est en rapport avec le concept de droit et non pas la seconde. Je veux dire que la crainte de tomber dans l'incertitude a poussé à donner une grande importance au « test » de validité au point de le confondre avec la définition du droit (20). Pour cela, l'aspect théorique de la science juridique devait être débarrassé du problème de l'interprétation. Pourtant, cela a conduit à une représentation erronée et détournée du droit, dont l'expérience contient beaucoup d'autres aspects, différents de ceux qui constituent les critères de validité. Ces aspects sont mis en évidence par la pratique interprétative qui ne peut donc être exclue de la théorie du droit.

(18) Voir J. RAZ, *Authority of Law. Essays in Laws and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 47-59.

(19) Voir M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni Comunità, Milano, 1966, p. 37.

(20) Voir R. DWORKIN, *Taking Right Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1977.

Il faut aussi remarquer que cette même pratique interprétative interagit sur l'identification des critères de validité, induisant souvent à une reformulation de celle-ci. Au sujet de la distinction hartienne entre noyau juridique d'une norme et zone de pénombre (*borderlines cases*) dans laquelle les significations interprétatives deviennent incertaines, R. Dworkin a bien observé que lorsque le juge résout un cas difficile, il ne fait pas recours à des critères juridiques faibles ou de second ordre, mais remet en discussion l'exactitude de ces critères qui normalement sont considérés comme forts ou « purement juridiques » (21). Il est inadmissible qu'il y ait un droit de série A et un droit de série B ou qu'il y ait une zone juridique éclairée et une dans la pénombre. Ces cas présentés comme difficiles ne le sont que par rapport à la détermination habituelle des critères d'identité du droit. C'est celle-ci qui est donc reconsidérée et reformulée. L'aspiration des théories sémantiques a été celle de limiter le plus possible le jeu de l'interprétation dans son influence sur l'objet « droit », alors que cela n'est pas possible parce que l'interprétation, qu'on le veuille ou non, fait partie de cette chose qu'on appelle « droit ». Pour cette raison, les théories interprétatives (22) peuvent aspirer à donner une réponse aux problèmes qu'ont engendré les théories sémantiques, mais à condition que ceux-ci soient soumis à une reformulation radicale.

Le premier aspect auquel prêter attention est l'expectative pré-analytique de la théorie : qu'attend la recherche théorique du domaine d'expérience étudié ?

Nous avons volontairement souligné, et de façon très accentuée, l'objectualisme de la théorie sémantique afin de bien montré comment une telle approche projette l'image du droit comme un monde qui, du moins *prima facie*, fait face au juriste. Penser le droit comme un « objet » ne signifie pas nécessairement exclure l'idée que les structures et les aspects de la subjectivité contribuent à le constituer comme tel (23). Ce qui importe c'est de savoir comment le droit se soumet à l'interprétation ; l'objectualisme nous le présente comme une réalité déjà en place et dans une certaine mesure accomplie, avant même l'intervention de l'interprète. L'image du texte de loi, dont on recherche la « signification préconstituée » (24), aide et soutient cette conviction. Il s'agira alors de remettre en discussion la manière courante de concevoir cette « chose » appelée « droit ».

En définitive, la première et plus macroscopique différence entre une théorie sémantique et une théorie interprétative réside dans le rôle attribué à l'activité interprétative et ce eu égard à la définition du droit. Le droit est-il un monde d'objets à interpréter ou un monde d'interprétations qui se poursuivent à l'infini ? Comme on peut le constater, nous sommes ramenés à la version herméneutique du problème fameux de l'œuf et de la poule. Peut-on affirmer que la neuvième symphonie de Beethoven existait avant et indépendamment de l'interprétation de Furtwängler ? ou alors n'est-elle qu'un processus interprétatif encore ouvert dont nous pouvons retracer l'histoire ? Dans ce cas, l'identité de la neuvième symphonie résiderait dans l'histoire de ces interprétations. Il suffit de rempla-

(21) R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 41-43.

(22) Je tiens compte évidemment ici, en premier lieu, de la théorie développée par Dworkin mais l'« interprétative attitude » est présente de plus en plus diffusément dans la science juridique contemporaine anglo-saxonne ou allemande.

(23) Nous avons à l'esprit ici la thèse kelsénienne célèbre selon laquelle la norme fondamentale est kantienement présupposée par le juriste scientifique, qui fait donc que sans elle le système normatif n'est pas pensable. Alf Ross a au contraire recours à l'idéologie normative des juges, approche qui renvoie quant à elle à une attitude subjective. Le point de vue interne de Hart est déjà plus proche de la conception herméneutique. Voir V. VILLA, « *Légal Science and Hermeneutic point of view* », in A. Peczenik, ouvrage collectif, *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht, 1984, p. 509-520.

(24) Voir F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo, 1984, p24.

cer la neuvième symphonie par le code civil pour comprendre à quel point ce problème peut intéresser le droit.

Nous ne pouvons affirmer que l'une et l'autre des deux faces du dilemme soit satisfaisante : d'une part il est indubitable que dans les sciences humaines on a toujours affaire à des produits de l'activité herméneutique, avec les interprétations des interprétations, mais il est tout aussi vrai d'autre part que nous avons besoin d'un critère qui ne soit pas exclusivement interprétatif pour distinguer la neuvième symphonie de la sixième ou d'autres morceaux musicaux. Retracer l'histoire de la neuvième symphonie requiert que celle-ci ne soit pas simplement une exécution. Cette conviction se retrouve dans l'usage naturel du langage qui distingue l'objet à interpréter de l'activité interprétative proprement dite. A cette difficulté, la théorie interprétative du droit répond qu'il faut changer le concept d'interprétation en prenant en considération la perspective herméneutique.

Ce changement dans la conception de l'interprétation rétroagit sur la précompréhension que les théories interprétatives ont du droit. Dorénavant le droit ne sera plus considéré comme un texte, un ensemble de normes, ou un complexe de décisions, mais plus fondamentalement comme une « pratique sociale », tout à fait semblable à celle de l'étiquette par exemple ou à celle du savoir vivre. Connaître le droit d'une communauté humaine déterminée signifiera décrire une pratique sociale complexe, qui possède sa propre identité et qui est en continuelle mutation (25). S'il en est ainsi, une théorie juridique doit alors être capable d'analyser une telle pratique sociale, analyse qui sera purement « juridique » et non pas simplement sociologique.

Toute pratique sociale est dans un premier temps étudiée de façon mécanique. Se développe ensuite une interprétation qui comporte deux aspects : cette pratique est d'une part considérée comme un fait mais aussi comme une valeur, son contenu d'autre part est sujet à des mutations et des développements. Ainsi que nous pouvons le remarquer, au sein de la pratique sociale auto-génèrent des concepts interprétatifs qui confèrent un sens déterminé aux processus extérieurs. Une théorie interprétative du droit est par conséquent elle aussi une interprétation de l'usage des concepts interprétatifs dans la pratique juridique (26).

Jusqu'à présent rien n'a été dit sur la manière spécifique par laquelle il faut interpréter une pratique sociale. R. Dworkin refuse toutes les tentatives visant à reconduire l'interprétation des pratiques sociales à celles des discours. Pour ces dernières, les objectifs et les intentions en jeu sont ceux de l'auteur et non ceux de l'interprète alors que pour les premières l'interprète est l'acteur de la pratique sociale, c'est-à-dire qu'il est constitutif de celle-ci. Cela, toutefois, ne signifie nullement que ce sont les intentions de l'interprète qui définissent la pratique ; au contraire, ces intentions doivent tenir compte de ce que la pratique requiert pour conserver sa propre identité (27). Celle-ci n'est pas présente dans des choses déterminées, mais dans un ensemble de buts et de perceptions des valeurs qui sont incorporés dans la pratique même. Ce « style de vie sociale » n'est absolument pas lié à certaines manifestations extérieures ou à des règles précises, mais peut se maintenir tel quel également dans les différentes variations de ses applications. Il ne s'agit pas de définir comment les participants conçoivent la pratique, mais ce que signifie la pratique

(25) Une « pratique sociale » a été définie ainsi : « toute forme cohérente et complexe de l'activité humaine socialement établie, grâce à laquelle les valeurs inhérentes à ce genre d'activité sont réalisées dans la tentative de rejoindre ces modèles qui lui appartiennent et qui partiellement la définissent ». A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. di Paola Capriolo, Feltrinelli, Milano, 1988, p. 225.

(26) R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op cit.*, p. 46-49.

(27) *Ibidem*, p. 51 et s ; R. Dworkin, comme chacun sait, compare l'interprétation juridique à l'interprétation artistique.

en soi, indépendamment des intentions subjectives. L'objectif de l'interprétation est d'éclairer la pratique sociale, comme si dans l'herméneutique d'un texte apparaissaient à la lumière des choses auxquelles l'auteur n'avait pas explicitement pensé mais auxquelles il aurait sûrement souscrit.

Les positions de R. Dworkin rejoignent étroitement et selon toute probabilité involontairement, celle de la philosophie herméneutique de P. Ricoeur. Celui-ci aussi sépare l'herméneutique du discours, c'est-à-dire de l'acte, de l'événement ou du dire pour l'orienter vers le « dit ». Le discours est lié à la dimension subjective de celui qui le prononce mais quand celui-ci devient œuvre, il se détache de l'intention subjective de l'auteur et existe par lui-même. La transmutation du discours en œuvre est emblématique par sa fixation en un texte écrit. Il ne s'agit pas, en effet, de substituer purement et simplement le discours à l'écriture mais d'en dégager la pratique communicative. Le texte a toute sa signification non pas dans les signes extérieurs (28) mais dans ce qu'il représente et que H.G. Gadamer a appelé la « chose du texte », c'est-à-dire le « monde » qu'ouvre celui-ci. Le texte peut servir de « paradigme » de l'action seulement s'il est lui-même vu comme une projection de la pratique. Le texte représente une phase intermédiaire dans laquelle la fixation opérée par l'écriture représente une manière de définir la pratique et de la rendre indépendante des opinions subjectives de ses participants. Mais par cela même se développent de nouvelles possibilités d'action pour un nombre toujours croissant d'éventuels lecteurs. « Tous les événements et tous les actes significatifs sont en ce sens ouverts à une sorte d'interprétation pratique grâce à la praxis présente. L'action humaine, tout pareillement, est ouverte à quiconque sait lire » (29). Le texte provient de la pratique sociale et va à sa rencontre. Cela signifie qu'entre le texte et l'œuvre s'opère un renvoi continu et incessant dont le but est d'assurer l'identité de la pratique sociale (30).

On peut noter que la question de l'identité d'une pratique sociale est très complexe, puisqu'elle ne peut se résoudre dans la circonscription de faits historiques déterminés d'une telle pratique, mais qu'elle repose plutôt sur des principes cachés et des facteurs implicites. De toute façon, est évidente ici l'affinité qui existe entre la conception de R. Dworkin et la philosophie herméneutique de H.G. Gadamer et de P. Ricoeur (31).

Dans l'optique de l'expérience juridique, il faudrait, toutefois, adapter la conception de P. Ricoeur, en éliminant de celle-ci la tentation d'assurer la primauté paradigmatique du texte pour l'action. En amont de l'un et de l'autre nous trouvons en effet la pratique sociale. Il faudrait simultanément, dans la conception de R. Dworkin, ouvrir l'espace qui mettrait en évidence l'importance du texte écrit au sein de la pratique juridique.

Lorsque la théorie interprétative rejette l'objectualisme, elle n'entend ce faisant évidemment pas nier que la pratique sociale puisse être un objet d'observation et que le texte puisse également servir à renforcer cette possibilité, mais entend revendiquer la spécificité de la pratique même. Cela réside d'abord dans ce que nous appelons la « dimension potentielle » de la pratique sociale, c'est-à-dire la volonté de ne pas se perdre dans les manifestations actuelles, dans sa capacité d'adaptation et de transformation. En somme, dans la pratique tout n'est pas donné d'avance, pour la connaître il faudra avoir

(28) Rappelons que selon Dilthey l'*Auslegung* est interprétation des textes, qui ne regarde donc qu'une catégorie limitée de signes, ceux fixés par l'écriture (inclus tous ceux qui comportent une fixation comparable à l'écriture).

(29) P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, trad. italienne G. Stampa, Jaca Book, Milano, 1989, p. 190.

(30) « Comprendre un texte signifie suivre son mouvement, du sens vers la référence », de ce qu'il dit vers ce dont quoi il parle. *Ibidem*, p. 200.

(31) Dans le dernier travail auquel nous nous référons de R. Dworkin, les références à H.G. Gadamer sont fréquentes.

recours à une interprétation « créative », qui est telle par rapport aux données de fait et non pas par rapport à l'esprit profond ou à l'identité de la pratique même. En ce sens, l'interprétation appartient au processus de connaissance d'une pratique sociale.

La connaissance parfaite d'une pratique sociale ne sera possible que lorsque nous serons en mesure de saisir toute sa potentialité d'action. Mais cela n'est qu'un idéal-limite inaccessible à la raison humaine. Cela équivaut à dire que l'on ne connaîtra pleinement la neuvième symphonie que lorsque l'on connaîtra toutes les exécutions possibles de celle-ci. Alors que le positivisme s'épanouit dans l'horizon traditionnel de l'acte, même si son attention est tournée vers une actualité factuelle, nous nous dirigeons quant à nous vers l'horizon ouvert de la « potentialité » (32). Ceci est aussi valable pour le droit.

L'ordre juridique est un ordre « effectif », un ordre établi, constitué de certaines déterminations, c'est un ensemble bien défini de rapports. C'est un ordre fermé, sûr et prévisible, du moins dans ses aspirations socio-politiques. Mais dans le droit existe aussi un ordre « potentiel » qui porte en lui les réponses aux situations concrètes les plus imprévisibles, un ordre plus large que ces concrétisations historiques. Il est, en ce sens, riche de possibilités, il n'est pas entièrement prévisible, c'est un ordre ouvert (33).

Pour distinguer cette bipolarité du droit, il suffit d'observer le problème dans sa complexité et dans sa réduction. L'ordre établi rejoint la prévisibilité à travers la restriction de l'horizon de ses possibilités, c'est-à-dire à travers la réduction de sa complexité (Gehlen, Luhmann). L'ordre potentiel n'est pas restrictif ou exclusif, ce n'est pas l'ordre de la sécurité mais l'ordre de la liberté. L'application de la loi n'est pas une réduction mais un enrichissement parce que l'on parvient, partant de la norme générale et abstraite, à la règle spécifique pour le cas concret, qui est plus riche de spécifications.

Dans l'ordre établi est en vigueur le principe de la « norma autorale » (Hirsh) qui, dans le champ de l'interprétation, est perçu comme la recherche de la volonté subjective du législateur historique. Au mieux, on pourra dire que le souverain « plus - ou minus-dixit quam voluit ». Mais nous ne pourrions aller plus loin.

Dans l'ordre potentiel domine le principe « au-delà de l'auteur » (ou du souverain) qui, dans le champ de l'interprétation, est perçu comme la recherche de la volonté objective (interprétation historico-évolutive). Ici le temps a de l'importance, c'est-à-dire la distance qui nous sépare de l'auteur. Les nouvelles situations sociales mettent en évidence de nouvelles significations contenues dans les normes, que leur auteur ne pouvait prévoir, mais qui trouvent une réponse dans les principes qui guident la pratique juridique (34).

IV. — LE POINT DE VUE INTERNE

Nous avons cherché à montrer que les théories interprétatives du droit, si elles sont comprises comme nous l'avons indiqué, peuvent entrer en compétition avec les théories sémantiques parce qu'elles aspirent elles-aussi à offrir une conception générale du droit.

(32) « Il n'est plus concevable de nos jours qu'un texte ne soit pas potentiel, conjoncturel, pluriel ». I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti, Milano, 1988, p. 113.

(33) J'ai développé cette dialectique entre un ordre potentiel et un ordre actuel dans mon ouvrage *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 62 et s.

(34) Je me permets de renvoyer ici aux observations de H.G. Gadamer sur la différence entre herméneutique dogmatico-juridique et herméneutique historique. Voir H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. ital. G. Vattimo, Bompiani, Milano, 1983, p. 390 et s.

Toutefois, nous ne pouvons passer sous silence certaines difficultés qui, entre autre, s'entrecroisent de façon significative avec la problématique actuelle de la philosophie herméneutique.

Le principe épistémologique général, qui appuie une telle théorie interprétative, est qu'un spécialiste de sciences sociales doit participer à la pratique sociale s'il veut la comprendre comme quelque chose de distincte de la compréhension subjective qu'en ont ses membres. Reste l'épineux problème qu'est celui d'établir quelle forme de participation est requise à l'auteur de l'étude d'une pratique sociale et si (et comment) elle doit différer de celle des autres participants.

Il va de soi que dans cette optique est mise de côté l'épistémologie néopositiviste qui n'admet que des faits bruts et des signifiés subjectifs parce que de cette façon, ainsi que nous l'avons déjà dit, il n'est pas possible de comprendre complètement une pratique sociale. L'approche comportementaliste, à l'égard de laquelle le spécialiste en sciences sociales exprime un « point de vue externe » afin de pouvoir décrire de façon absolument objective les faits sociaux, est désormais est désormais reçue avec suspicion dans toutes les sciences humaines (35). Toutefois, on ne peut pas cacher que le recours à un « point de vue interne » comporte une très forte ambiguïté. Nous pouvons, grossièrement, noter trois versions différentes de l'approche « interne », deux versions extrêmes et une intermédiaire.

La première, la plus faible, est à peine distincte de l'approche comportementaliste (36). Le juriste se met à la place des participants à la vie sociale et peut ainsi formuler des jugements sur cette dernière et qui ne seront pas ses opinions personnelles. Il observe les règles comme elles sont perçues par les participants à une telle pratique et sans que cela n'implique aucun jugement moral personnel sur leur contenu (uncommitted moral judgements). De cette façon seraient assurées l'objectivité et la neutralité de l'approche scientifique sans compromettre une compréhension de l'intérieur du signifié des faits sociaux. Mais si, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, une pratique sociale n'est pas la simple somme des opinions subjectives de ceux qui y participent mais est constituée de signifiés intersubjectifs et contextuels, de comportements codifiés par la pratique même, alors cette approche est inappropriée (37).

La version forte de l'approche interne pose de sérieux problèmes à l'objectivité scientifique. Le juriste ne peut que participer à tous les effets de la pratique sociale. Tout comme le citoyen, il doit accepter dans sa globalité le système juridique qu'il veut connaître ses sources de production et ses principes directeurs. Seulement ainsi il peut en recueillir le dynamisme interne et la vitalité cachée. Tout comme un théologien athée ne peut comprendre pleinement les mystères de la foi, un juriste anarchiste ne pourra saisir pleinement les implications de la légitimité du pouvoir. La participation doit être entière et totale pour pouvoir approcher une réelle compréhension de la pratique juridique. De plus, nous devons remarquer que ce comportement épistémologique semble requis par la forme de la connaissance pratique qui est tournée - directement ou indirectement - vers l'action. Si la science juridique est une science pratique, sa façon de connaître le droit ne peut être purement contemplative. Une pratique sociale ne se

(35) Voir A. GIDDENS, *New Rules of Sociological Method: a positive critique of interpretative sociology*, London, 1976.

(36) En fait MacCormick considère qu'il s'agit là d'une approche externe au système juridique. Voir N. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 33-34.

(37) Cette critique est développée par N.E. SIMMONDS, *The decline of juridical reason. Doctrine and theory in the legal order*, Manchester University Press, Manchester, 1984, p. 99 et s.

connaît vraiment qu'en la pratiquant. Ce n'est pas une chose à contempler mais quelque chose à pratiquer, comme la natation s'apprend en nageant et un jeu en jouant.

A cette position peuvent être opposées quelques très sérieuses objections. Peut être relevé que demeure la difficulté déjà citée précédemment. L'exigence que le juriste se fasse un participant comme les autres à la pratique juridique découle toujours de la conviction que celle-ci est simplement la somme des opinions subjectives des agents. Si, par contre, le droit ne dépend pas fondamentalement de ce que les agents pensent qu'il soit, alors le comportement intérieur du juriste doit être différent de celui des participants à la pratique juridique. En outre, apparaît très discutable l'assimilation du spécialiste des sciences sociales à l'agent participant à une pratique sociale. L'entreprise scientifique a ses caractéristiques et sa finalité propres. Élaborer une théorie des échecs n'est pas la même chose que de jouer aux échecs. Une telle théorie n'aurait certainement pas de sens si elle n'avait pour but d'améliorer le jeu des échecs. Il s'agit pourtant de deux choses différentes. Nous nous confrontons ici à la problématique de la raison pratique et à la difficulté bien connue de préserver la dimension scientifique à l'intérieur d'une finalité opérative.

La troisième version possible de l'approche interne, la version modérée, tient compte du fait qu'une pratique sociale a une identité indépendamment des opinions subjectives des participants. Le comportement du juriste est interne mais pas de la même façon que celle des autres participants parce qu'elle est tournée vers la structure de la pratique en soi. Cela signifie qu'il faut observer le « rôle » du juriste, qui est celui de définir l'identité de la pratique du droit, en identifiant les arguments corrects, en ordonnant et en unifiant les éléments juridiques. Ainsi le juriste se fait agent organique de la pratique même, il en est une sorte de fonctionnaire, une institution interne générée par l'exigence d'identification et d'adaptation progressive. Ici l'objectualisme n'a plus cours puisque la science juridique est conçue dans une optique autopoïétique, c'est-à-dire comme le produit de la pratique juridique même. Celle-ci ne réalise pas son identité en des règles ou comportements déterminés mais en un style d'action dont l'interprétation est confiée à des sujets institutionnalisés qui expriment la raison juridique.

Chacun notera l'étroite parenté entre cette façon de concevoir le point de vue interne de la science juridique et celle qu'avait l'École Historique du droit de concevoir la fonction du juriste. Est tout aussi évident le rapprochement avec le concept gadamérien de « tradition ». Pour toutes ces raisons je considère cette version de l'approche interne la version la plus « herméneutique » (38).

La « position herméneutique » soulève aussi des difficultés non négligeables. La première, qui est aussi la plus évidente, consiste à confondre les rôles du juriste et du juge. Il semble en effet que la tâche de préserver l'authenticité de la pratique juridique appartienne au juge. C'est le juge qui formule des jugements sur la conformité, ou non, des comportements des citoyens à l'ordre juridique et c'est lui qui sanctionne les déviations. S'il existe un organe interne de la pratique juridique ou un sujet institutionnalisé, cela ne peut être que le juge (39). La tâche du juriste est tout au plus fonction de celle du juge puisque pour appliquer le droit faut-il encore le connaître(40). Nous savons que dans le droit romain les figures du juriste et du juge tendent à se confondre. Mais de-

(38) Ce qui ne permet pas d'assimiler les positions de Hart et de N. MacCormick à cette position et de les considérer elles aussi comme « herméneutiques », c'est l'absence du concept de « pratique sociale » que nous avons mentionnée, suivant en cela R. Dworkin.

(39) F. Hayek a pleinement conscience que le juge est un organe de l'ordre juridique « spontané ». Voir mon étude *Autorità e ordine del diritto*, *op. cit.*, p. 181 et s.

(40) Le grand protagoniste de l'ordre juridique est en effet selon R. Dworkin le juge imaginaire Hercule, c'est-à-dire un juge juriste.

puis que la science juridique, dans son expression la plus élevée, a pris ses distances par rapport à l'interprétation en poursuivant une vérité théorique, la théorie est devenue l'apanage exclusif du juriste et la pratique celle du juge (41). Cette direction de pensée s'est toujours plus trouvée renforcée par le principe de non-évaluation qui concerne que la théorie et non pas la pratique.

Ce n'est évidemment pas le moment ou le lieu de réexaminer le principe de non-évaluation de la science et de le confronter à la position herméneutique. Je peux néanmoins dire ici que, si une pratique sociale est, dans une certaine mesure, indépendante des opinions subjectives des participants, alors le spécialiste en sciences sociales est appelé à « évaluer » les comportements ou les faits sociaux afin de pouvoir identifier ceux qui appartiennent à la pratique même. Si nous ne voulons pas renoncer à la possibilité de connaître une pratique sociale, alors il faut abandonner le principe de non-évaluation, dans sa version néopositiviste tout au moins.

Le problème en effet de la connaissance d'une pratique sociale remet en question des horizons philosophiques de base, tant gnoséologiques qu'existentiels. Dernier vestige de la « théorie » (42) aristotélicienne, la conviction de l'autonomie de la connaissance scientifique en résulte compromise.

L'entreprise cognitive n'a plus sa propre autosuffisance, mais elle s'inscrit au sein d'un mouvement existentiel plus large, guidé par des finalités pratiques et par un engagement dans des contextes expérimentaux déterminés. La connaissance devient alors un élément indispensable du monde de la vie parce qu'il retrace les liaisons, les connexions et les trames de ce réseau de relations qui servent de carte de navigation. Ce devoir cognitif ne peut pourtant être développé que durant le voyage et n'a pas de signification en dehors de celui-ci. L'idéal d'une science comme « œil de Dieu » est ici mis à l'écart parce que les trames de la connaissance sont sujettes à de continuelles adaptations pour retrouver des chemins à travers le chaos (43). La primauté cognitive du juge sur le juriste n'est qu'un des multiples signes de la mutation du rapport entre la connaissance et le monde de la vie.

Comme on peut le voir, l'enjeu est très élevé. Il ne s'agit pas simplement de substituer une théorie du droit à une autre, mais surtout de repenser radicalement ce scénario premier grâce auquel la théorie à substituer trouvait son propre conditionnement. Considérer le droit comme une pratique sociale est possible seulement par la critique des préjugés gnoséologiques et ontologiques de la théorie juridique.

Une tâche aussi contraignante est en dehors des objectifs plus modestes de ce livre. Nous nous proposons seulement de démontrer ici que cette réflexion est nécessaire si on veut donner une explication et avoir une compréhension meilleures du phénomène juridique. Il appartiendra à l'application d'un domaine particulier de l'expérience, c'est-à-dire juridique, de stimuler la nécessaire reconsidération des rapports avec la globalité de l'expérience. Nous ne pouvons toutefois ne pas signaler quelques dangers propres à ces nouvelles orientations épistémologiques et qui sont principalement le relativisme et la

(41) Sur le rapport entre théorie et pratique juridiques il ne serait pas inutile de reméditer les pages du *Système de droit romain actuel* de F. C. von SAVIGNY, trad. ital. I, Scialoja, Torino, 1886, I, p. 10 et s, 107 et s.

(42) Ma conviction est que la « théorie aristotélicienne » est plus en mesure de recueillir toute la richesse de la pratique que ne l'est la conception moderne de la science, uniquement sensible au monde du faire. Voir J. RITTER, *Metafisica e politica*, trad. ital. G. Cunico-Marietti, Casale Monferrato, 1983.

(43) Voix P. WATZLAWICK, œuvre collective, *La realtà inventata*, trad. ital. A. Ancora A. Fischetti, Feltrinelli, Milano, 1988.

perte de l'universalité de la connaissance. La raison pratique est dirigée vers l'action, qui est singulière et contingente.

Pour que l'on puisse parler de « connaissance pratique », deux conditions sont requises. Celui, tout d'abord, qui connaît, doit être d'une certaine mesure (que ce soit de manière directe ou indirecte) personnellement impliqué dans ce qu'il a à connaître, puisque c'est « en raison de son propre rôle » qu'il est amené à faire des choix, à mettre en oeuvre des actions ou bien à soumettre à d'autres des critères pour l'action. Ensuite, l'objet ultime à connaître ne doit pas être quelque chose de nécessaire et d'universel, mais une action concrète et déterminée.

Ces deux conditions se heurtent à la conception moderne de la science. Ainsi le défi épistémologique contemporain consistera à démontrer comment est possible la vraie connaissance, par opposition à la connaissance contingente lié à la finalité et à la liberté humaine.

Vient en premier lieu dans cette perspective la théorie traditionnelle du droit qui aspire à embrasser tous les ordres juridiques, présent, passé et futur. Si le droit est une pratique sociale déterminée, il appartient à un horizon culturel spécifique (44). Ainsi le rapport entre raison forte et raison faible est bouleversé : plus nous nous éloignons d'un système juridique déterminé vers des généralisations ultérieures, plus notre connaissance est vague et générique, en particulier parce qu'elle est plus éloignée des finalités pratiques. Pourtant le relativisme comme la perte d'universalité ne me semblent pas être des effets nécessaires parce que dans ce processus d'émersion de la raison pratique il y a des aspects qui attendent d'être valorisés.

Affirmer qu'une pratique sociale possède une identité indépendamment des opinions subjectives de ses participants peut empêcher de tomber dans le relativisme si cette conviction est portée par une « philosophie de la culture » adéquate qui voit dans les créations de l'homme douées d'une stabilité non éphémère des valeurs tendentiellement permanentes et universelles, même si elles ne sont souvent qu'implicites (45).

Reconnaître que les pratiques sociales communiquent entre elles et se dirigent vers des processus progressifs d'intégration, si cette constatation est soutenue par une « philosophie de l'histoire », peut conduire à une reformulation de l'universalité du savoir, une universalité qui se présente plus comme point d'arrivée que comme point de départ. Il revient, dès lors, à la philosophie de l'histoire d'explorer la possibilité de retrouver un tissu commun entre les différentes cultures, un tissu qui soit le reflet historique de l'être dans le monde des choses humaines. D'ailleurs, la réelle alternative n'est certainement pas celle entre raison forte et raison faible, mais entre une raison qui, même si elle est limitée comme la raison humaine, prend progressivement conscience d'elle-même et une raison qui abandonne ses prérogatives spécifiques.

V. — LE PROBLÈME DE L'OBJECTIVITÉ

Il ne faut pas trop exagérer l'importance de ces changements dans la conception que la science juridique a d'elle-même même si ceux-ci ne sont pas à négliger.

Nous avons cherché à souligner le fait qu'il ne s'agit pas tellement de remettre en question de manière radicale la « méthode juridique », qui a désormais sa forte tradition,

(44) R. Dworkin est bien conscient du fait que sa théorie vaut pour les systèmes juridiques appartenant à la culture anglo-américaine. Ross également s'est référé aux systèmes individuels de normes.

(45) Voir J. MARITAIN, *Neuf leçons sur la loi naturelle*. Sous la direction de F. Viola, Jaca Book, Milano, 1985.

mais surtout de repenser le rôle de la jurisprudence et son comportement à l'égard de son objet. Dire que la science juridique tend à prendre conscience de sa dimension « pratique » est insuffisant. Dire que la théorie du droit devient de moins en moins « scientifique » et de plus en plus philosophique quand elle s'éloigne d'un contexte de référence déterminé reste trop vague. De toute façon les transformations qui nous intéressent ici sont liées à une problématique qui va bien au-delà du champ strictement juridique.

La corrélation qui existe entre connaissance juridique et philosophie herméneutique tourne surtout autour de la problématique de l'interprétation de la pratique sociale qui, bien qu'étant formellement bien différente d'un texte littéraire, présente des problèmes analogues (46).

Nous avons déjà fait allusion à la distinction qui existe entre méthode et philosophie herméneutique (ou herméneutique philosophique). Les réserves de Betti, propulseur de la méthode herméneutique en jurisprudence, à l'égard de l'herméneutique philosophique sont fondamentalement dues à la préoccupation plus que légitime de la perte d'objectivité (47) qui est une exigence non seulement philosophique mais aussi juridique. Il ne s'agit pourtant pas de mettre en doute une telle exigence mais de savoir à quelle objectivité peut prétendre la connaissance humaine ou, mieux, en quel horizon ontologique devons nous poser le problème de l'objectivité.

Betti pensait que l'objectivité est assurée seulement quand le phénomène historique à interpréter est considéré comme en soi conclu et achevé indépendamment de l'oeuvre herméneutique. Mais réapparaît ici une vision « objectuelle » de l'objectivité : l'interprète a face à lui la chose à interpréter, le monde de l'interprète et celui de la chose à interpréter sont deux modes étrangers et ceci parce que objectivité signifie altérité. Mais quand pourra-t-on considéré comme achevé le monde d'une pratique sociale ? Le « pré-supposé de la perfection », selon lequel nous nous dirigeons vers ce qui est compréhensible en le considérant comme constituant une unité de sens (48) achevé, n'est légitime que dans la mesure où l'on peut retrouver une relation de « co-appartenance » entre l'interprète et l'objet à explorer. Je veux dire qu'avant l'altérité vient ce qui est commun, c'est-à-dire le fait d'appartenir à un même horizon. L'ancienne métaphysique de l'être le savait bien, mais la pensée moderne l'a oublié, qui par contre reflète le dépaysement de l'homme dans son rapport à l'univers. Nous avons déjà vu qu'une chose commune originaire est nécessaire à la compréhension d'une pratique sociale. Mais cela ne suffit pas.

La connaissance ne peut se faire que lorsqu'au pré-supposé de l'appartenance se rattache celui de la « distanciation ». Nous appartenons à une tradition historique seulement dans la mesure où nous sommes à même de prendre nos distances par rapport à elle, c'est-à-dire de mesurer l'éloignement et la proximité entre les situations du passé et celles du présent. Cela requiert un détachement critique et une suspension de l'appartenance. C'est cela, comme l'a remarqué P. Ricoeur, qui est la phase de méfiance et de critique des idéologies. « L'herméneutique commence elle aussi quand, non contents d'ap-

(46) Le développement du thème de la cohérence narrative constitue un point de rapprochement entre herméneutiques littéraire et juridique. Voir G. ZACCARIA, « Ermeneutica e Comprensione narrativa », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, 1988, p. 189-211 ; également, MACINTYRE, *op. cit.* p. 175.

(47) Voir E. BETTI, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*. Sous la direction de G. Mura, Città Nuova, Roma, 1987. Cette préoccupation est également partagée par J. Esser : « L'herméneutique n'aide pas au fondement ontologique de la valeur et de la vérité mais à la compréhension du sens, des limites et des conditions de nos affirmations ». J. ESSER, *op. cit.* p.4.

(48) H.G. GADAMER, *op. cit.* p.343.

partenir à la tradition transmise, nous interrompons la relation d'appartenance pour la définir (49).

A la lueur de l'herméneutique, les textes législatifs supposent une signification bien diverse de celle défendue par le juspositivisme. Pour ce dernier, il s'agit de fixer de façon sûre la volonté du souverain et, au plus, de subir dans des limites contrôlées les processus d'adaptation à l'évolution sociale. Dans tous les cas, il s'agit de la formulation du texte, de la fixation de la volonté opérée par l'écriture, de l'articulation particulière des contenus qu'il représente. Pour la perspective herméneutique par contre, le texte est fonction de la distanciation interprétative. Le texte doit pouvoir se dé-contextualiser de façon à se laisser se reconstituer (*Umwelt*) dans une nouvelle situation. Mais cela est possible si l'on va au-delà de la formulation et vers la « chose du texte », c'est-à-dire vers l'ineffable projection d'un monde (*Welt*) qui est plus qu'une situation.

Cela signifie qu'à ce point le problème de l'objectivité juridique est résolue, parce que l'appartenance et la communauté, la distanciation et la critique n'assurent de par elles-mêmes la correction de l'interprétation juridique. L'objectivité, en effet, est dans le champ pratique liée à l'application. Il ne s'agit pas seulement de recueillir des significations mais aussi de leur donner une valeur dans des contextes donnés. Il faudra, alors, identifier les liens de l'entreprise interprétative, liens qui sont externes à la position subjective de l'interprète, même s'ils sont internes dans un horizon herméneutique commun. Une doctrine de la méthode est essentiellement une conception de ces conditions de vérité de l'interprétation. R. Dworkin soutient par exemple que le juge a le devoir d'exhiber comme justification les points de justification institutionnels. Ceci est la théorie du « soutien institutionnel » (« institutional support ») (50). Chaque décision doit s'insérer dans ce droit existant, c'est-à-dire dans le monde historique des déterminations normatives et des effets déjà atteints. Cela fonctionne à la façon d'un seuil d'adaptation (*threshold of fit*) qui permet l'insertion de la décision dans l'histoire institutionnelle (51). Ainsi la décision est cohérente avec l'ensemble des matériaux juridiques et appartient à la même unité de sens (52).

Une doctrine de la méthode ainsi entendue ne doit pas tenir compte seulement de la dimension herméneutique mais aussi de la problématique la plus sophistiquée de la justification rationnelle et de l'argumentation. Le geste herméneutique se fonde ainsi dans la méthode juridique traditionnelle et lui confère une valeur cognitive non plus limitée à la pure interprétation des textes, tandis que la philosophie herméneutique contrôle la mise au point de l'horizon de l'appartenance et de la chose commune, de la distanciation et de l'altérité.

C'est seulement à ces conditions que la reconduction du problème de l'objectivité à une dimension interne pourra résister adéquatement au danger du relativisme. Si à l'intérieur des horizons de la compréhension il n'était pas possible d'introduire la dimension critique, alors il ne serait même plus possible d'instituer un tribunal qui juge la valeur de la vérité des seuls contextes expérimentaux.

(49) P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, op. cit., trad. ital., p. 55

(50) Voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit. p. 105-106.

(51) En ce sens l'histoire est l'archive de l'action humaine, c'est-à-dire l'endroit où se conservent les « traces » de l'action humaine. Voir P. RICOEUR, op. cit., p.188.

(52) La théorie du soutien institutionnel est assurément l'application juridique de la *Wirkungsgeschichte*.