

LE “JEU” DE L’INTERPRETATION EN DROIT (Contribution à l’étude de la clôture du langage juridique)

MICHEL KERCHOVE Y FRANÇOIS OST
Belgica

Le propos de l’article est de tenter le rapprochement du droit et du jeu en s’attachant plus particulièrement à la construction linguistique de la règle de droit (section 1) et à son interprétation par le juge (section 2).

Deux déterminations essentielles du concept de jeu sont retenues: le jeu est simultanément créativité et régularité; il implique spontanéité et libre création, celle-ci ne s’exerçant cependant que dans le cadre tracé par les règles de jeu, son but et ses enjeux.

Partant de la constatation selon laquelle le langage juridique rassemble des concepts usuels et des concepts techniques, les auteurs observent que la distinction entre ces concepts est moins tranchée qu’il n’y paraît dans la mesure où les concepts usuels, intégrés dans le système juridique, se chargent de connotations spécifiquement juridiques, tandis que, en revanche, les concepts techniques, en raison de la polysémie et de la texture partiellement ouverte qui caractérisent tout terme non formel, présentent un sens moins déterminé que leur insertion dans le réseau institutionnel semble leur conférer.

La construction du langage juridique procède donc d’un travail ou d’un jeu du sens que marque la tension entre l’inventivité qu’exige l’adaptation à la mouvance de la vie et la régularité qu’implique le souci de la discipliner. Ce jeu procède à la manière d’un style qui produit d’infinies variations sur un thème connu; le style juridique, redondant et tautologique, tend ainsi à clôturer la représentation du social en une représentation autonome, faite de formules et de stéréotypes qui –tel est “l’enjeu” du conceptualisme juridique– “font autorité”.

L’interprétation judiciaire de la règle de droit traduit une pareille tension entre l’inventivité et le conformisme. En témoigne l’oscillation constante de la doctrine entre théories d’inspiration exégétique

et théories d'inspiration évolutionniste. En attestent aussi les diverses règles, explicites ou implicites, qui président à l'opération d'interprétation sans pour autant la garantir de toute forme d'innovation ou de subjectivité.

Mais, de même qu'un jeu ne saurait se réduire au strict respect des règles, les joueurs étant libres d'adopter, pour le surplus, n'importe quel comportement, ainsi aussile jeu de l'interprétation judiciaire ne consiste pas à produire n'importe quelle signification compatible avec la formule de la loi. C'est l'adhésion au but du jeu (maintenir ou restaurer l'harmonie du système juridique global) et la poursuite de son enjeu majeur (maintenir ou restaurer l'ordre social établi) qui détermine, en dernière analyse l'enchaînement systématique des choix et la stratégie adoptée par le juge.

Introduction

La rapprochement du droit et du jeu a été opéré à maintes reprises tant par des sociologues et des anthropologues que par des théoriciens du droit.

Parmi l'enseignement des premiers, relevons celui de J. Huizinga qui souligne l'aspect ludique de la scène judiciaire que caractérisent tant l'élément compétition (joute verbale et constitution de gage) que l'élément hasard (ordalie, aléa du verdict),¹ celui de Cazeneuve qui rapproche le spectacle et le prétoire (déguisement des protagonistes, enceinte fermée, rituel procédural, présence du public),² et enfin celui de R. Caillois qui n'hésite pas à élargir la comparaison à l'ensemble du juridique: "le code énonce la règle du jeu social, la jurisprudence l'étend aux cas litigieux, la procédure définit la succession et la régularité des coups".³

Parmi l'enseignement des seconds, retenons celui de A.J. Arnaud qui analyse le Code civil français comme "règle du jeu" assurant la "paix bourgeoise" (règle qui désigne les joueurs compétents: les personnes, les enjeux engagés: les biens, et les coups autorisés: les actes juridiques),⁴ celui de A. Ross qui étudie la validité des normes juridiques à la lumière de la validité des règles d'un jeu de société,⁵ et enfin

¹ J. HUIZINGA, *Homo ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu*, Paris, 8e édition. 1951, p. 131-149.

² J. CAZENEUVE, *L'esprit ludique dans les institutions*, in *Jeux et Sports*, volume publié sous la direction de R. Caillois, Enc. de la Pléiade, Paris, 1967, p. 758-763.

³ R. CAILLOIS, *Lex jeux et les hommes*, Paris, 1958, p. 15.

⁴ A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

⁵ A. ROSS, *On law and Justice*, Londres, 1958, p. 29-74.

celui de H.L.A. Hart qui distingue divers aspects et variétés des règles juridiques en s’inspirant des règles des jeux sportifs (adhésion à la règle, sanction, arbitrage).⁶

Le propos du présent article est de poursuivre le rapprochement sur un point précis: il s’agira de tenter le parallèle entre la structure et le fonctionnement du langage juridique ainsi que de la nécessaire interprétation dont s’accompagne sa mise en oeuvre, et la structure et le fonctionnement d’un jeu.

Un tel dessein implique, sans doute, que soit fournie une définition du jeu. Sans pouvoir entrer, dans le cadre limité de cet article, dans tous les développements qu’y consacrent des auteurs comme J. Huizinga et R. Caillois,⁷ on retiendra une double direction de sens entre lesquels se distribuent les différentes variétés de jeux: le pôle fantaisie et le pôle régularité – bipolarité que rendent bien les deux vocables anglais de “play” et de “game”. Le “play” renvoie au jeu libre, improvisé – simulacre et vertige – par où s’abolissent les références classiques et se goûte l’ivresse de la perte d’identité; le “game” renvoie au jeu social et réglementé – hasard et compétition – par où s’établissent des rôles institutionnalisés et se gagne la sécurité d’un univers conventionnel.⁸ C’est au regard de ces deux déterminations essentielles du jeu – spontanéité et régularité – que nous étudierons le jeu du langage juridique et de son interprétation.

Mais quelles que soient les analogies de surface qu’une telle étude pourra faire apparaître, elle ne manquera pas de susciter chez certains une objection de fond quant à la pertinence même de la comparaison du droit et du jeu. L’objection – qui a été explicitement formulée par G. Kalinowski à l’égard des travaux de A. Ross – tient en ceci que si les jeux d’échec ou de football, par exemple, auraient pu ne pas être inventés et, de toute manière, n’impliquent pas de participation obligatoire, en revanche, la vie sociale et le droit qui l’a régit, sont “une nécessité ontique naturelle donnée” à laquelle nul ne peut se soustraire.⁹

6 H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove avec la collaboration de J. Van Drooghenbroeck et R. Célis, Bruxelles, 1976, p. 22, 48, 52, 78, 129 et 177.

7 J. HUIZINGA, *op. cit.*, p. 15-83; R. CAILLOIS, *op. cit.*, p. 31-44.

8 Sur cette distinction, cf. J.C., vo *Jeu*, in *Enc. Universalis*, vol. 9, Paris, 1971, p. 436-437 (avec des références à la psychologie par le passage progressif de l’enfant du “play” au “game” et des références à l’ethnologie avec le classement des sociétés, sur cette base, en “sociétés dyonisiennes” et “sociétés apoliniennes”); R. Caillois, reprend cette distinction en opposant, dans sa terminologie, “paidia” à “ludus” (*op. cit.*, p. 48).

9 G. KALINOWSKI, *Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur The concept of law de H.L.A. Hart et On law and justice de A. Ross*, in *Archives de philosophie du droit*, 1970, p. 183.

Cette objection traduit un point de vue *iusnaturaliste* qui a toujours conduit à l'acceptation des règles conventionnelles au nom d'exigences "naturelles" (métaphysiques) qu'elles sont censées traduire; plus fondamentalement encore, l'objection renvoie à la dichotomie nature/culture, réalité/représentation dont l'écho, pour notre problématique, s'énonce: sérieux (réalité)/frivolité (jeu).

Nous voudrions nous inscrire en faux contre cette conception, d'ailleurs partagée par beaucoup de théoriciens du jeu,¹⁰ ce qui devrait nous permettre, tout en fournissant une réfutation de l'objection formulée, de présenter un fondement plus solide de l'analogie — qui n'est pas que de surface — entre le droit et le jeu.

Notre point de vue tient dans l'idée qu'il n'y a pas de "réalité" en dehors des manifestations culturelles (langage, comportement) qui l'expriment, ou encore que la "réalité" n'est pas universelle et éternelle, mais changeante au gré des constructions culturelles.¹¹ De ce point de vue, le jeu, qui est une forme essentielle de culture, présente une variété essentielle d'élaboration de l'environnement social et matériel de l'homme. Le jeu n'est donc pas un décalque sublimé, parodique ou déchu, d'une réalité préexistante: il crée sa propre réalité.

Si on admet cette thèse qui corrige l'image de frivolité généralement associée à celle de jeu, on s'accordera, du même mouvement, pour revoir l'image de gravité (lourdeur naturaliste) généralement attachée à la représentation du droit.

Le droit n'est pas la reproduction d'on ne sait quelle norme naturelle; il n'est pourtant pas invention pure, changement permanent ("play"). Il est lesté d'une logique ("game"): celle de son imaginaire qui définit son propre champ de symbolisation, créant ses propres réalités qui interfèrent avec les autres champs de symbolisation sociale (pour les juridiciser, mais aussi pour être conditionnées par eux).

C'est à l'illustration de cette thèse que nous voudrions nous attacher très succinctement, par l'examen de la structure du langage juridique d'abord (Section 1), de l'interprétation judiciaire ensuite (Section 2).

¹⁰ Cf., par exemple, J. CAZENEUVE, *loc. cit.*, p. 763: "la justice ne s'affirme qu'en se dégageant du domaine ludique (...). Pourtant, il lui faut pour s'affirmer ainsi faire un effort qui contribue à sa noblesse puisqu'aussi bien, dans les affaires humaines, rien de grand ne se réalise qu'au prix d'une lutte contre des penchants naturels ou primordiaux".

¹¹ En ce sens, cf. J. EHRMANN, *L'homme en jeu*, in *Critique*, 1969, p. 581.

Section 1: Structure du langage juridique

La question centrale qui nous occupe est de déterminer le degré d'autonomie du langage juridique à l'égard de la "réalité" d'abord, du langage usuel ensuite.

En ce qui concerne la "réalité", nous avons déjà pris parti: tout langage —y compris le langage usuel qui rassemble d'ailleurs bon nombre de termes et de constructions empruntés à des langages techniques plus ou moins benalisés— construit le réel, à moins de verser dans une conception "réaliste" de la définition aujourd'hui largement révolue.¹²

En ce qui concerne le rapport langage juridique/langage usuel, on accordera —en première approximation— que le langage juridique constitue un langage "semi-artificiel", qui puise son vocabulaire et sa syntaxe de base au langage courant tout en leur imprimant certaines transformations et en y ajoutant des termes et tournures spécifiques. Le langage juridique qui tend ainsi à allier la rigueur (que certains voudraient même assimiler aux "symboles algébriques")¹³ à la souplesse nécessaire à l'adaptation "au jeu subtil et compliqué de la vie sociale",¹⁴ équilibre deux objectifs partiellement opposés: saisir la vie sociale dans sa complexité et sa mouvance, discipliner ce donné au regard de principes juridiques en nombre réduit et doués d'une relative stabilité.

Ceci étant admis, notre question visera à interroger plus avant la nature et les termes du compromis que négocie de manière permanente le langage juridique. Langage "semi-artificiel", ce langage utilise tantôt des *concepts usuels* (ou communs, ou représentatifs), que nous définissons comme renvoyant à des faits non construits par le droit et des *concepts techniques* (ou institutionnels, ou systématiques, ou régulateurs),¹⁵ que nous définissons comme renvoyant à des faits construits par le droit. La distinction rappelle celle que Searle a établie

¹² Sur ce point, cf. U. SCARPELLI, *La définition en droit*, in *Logique et Analyse*, 1958, 3-4, p. 133.

¹³ L'expression, qui est de Summer Maine, est reprise à leur compte par F. GénY (*Science et technique en droit positif*, Paris, 1921, t. III, p. 463) et J. Becquart (*Les mots à sens multiples dans le droit civil français*, Paris, 1928, p. 24).

¹⁴ F. GENY, *op. cit.*, p. 464; cf. aussi J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1935, p. 137 et J.R. CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Barcelone, 1968, p. 255.

¹⁵ La même distinction est exprimée sous différentes formes dans la doctrine: J. Ray oppose "concepts représentatifs" à "concepts régulateurs" (*Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, p. 104 et sv.); A. Ross oppose "concepts visant de simples faits" à "concepts systématiques" (*Definition in legal language*, in *Logique et Analyse*, 1958, no. 3-4, p. 145); F. GénY distingue "notions empruntées à la vie courante" et "notions spécifiquement juridiques" (*op. cit.*, p. 467-468).

entre “faits bruts” et “faits institutionnels”, le fait institutionnel (“X paie cinq dollars”, “X a marqué un but”, “X épouse Y”) étant celui qui ne se décrit pas en termes de réalité physique ou psychologique, parce qu’il ne prend sens que dans le cadre d’une institution donnée (la monnaie, le jeu de football, le mariage civil) et du système de règles qui la constitue.¹⁶

Prenant ces distinctions (concepts usuels/concepts techniques fait brut/fait institutionnel) comme points de départ de nos investigations, nous aurons à les soumettre à l’épreuve de la critique au terme de laquelle il apparaîtra, d’une part, que les concepts usuels, intégrés dans le langage juridique, n’ont pas un sens aussi naturel ou même qu’il paraît, tandis que, en revanche, les concepts techniques ont, sans doute, un sens moins univoque que leur insertion dans le réseau institutionnel semble leur conférer. Nous verrons dans ce double déplacement la marque du “jeu” du langage juridique.

Et d’abord les concepts usuels. S’il suffit d’ouvrir un recueil de lois pour s’apercevoir du grand nombre de termes du langage usuel qui y sont repris, on s’avisera cependant que, très généralement, ces termes connaissent, du fait de leur mobilisation dans un contexte juridique, une transformation (réduction, altération) de leur sens courant. La polysémie de ces termes¹⁷ est donc tantôt réduite, le droit ne retenant qu’une acception parmi les multiples sens possibles, tantôt et le plus souvent, augmentée par adjonction d’un sens nouveau. On a observé de longue date que les termes du langage courant se “patinaient”¹⁸ de juridicité une fois qu’ils étaient greffés sur un tissu d’institutions, elles-mêmes porteuses de toute une tradition terminologique. J. Dabin parle à cet égard de l’ “altération” des définitions courantes, ou encore de “réduction simplificatrice”;¹⁹ F. Gény relève, dans le même ordre d’idées, le “châchet juridique imprimé aux termes tirés du langage courant”.²⁰ Ces remarques valent d’ailleurs également pour la syntaxe juridique qui imprime une considérable raréfaction à la syntaxe du langage ordinaire dont elle fait usage.²¹

¹⁶ J.R. SEARLE, *Les actes du langage. Essai de philosophie du langage*, trad. de H. Pauchard, Paris, 1972, p. 91-94.

¹⁷ Sur ce point, cf. M. van de KERCHOVE, *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*, in *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, publié sous la direction de M. van de Kerchove, Bruxelles, 1978, p. 20 et sv. et les références citées.

¹⁸ J. RAY, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹ J. DABIN, *op. cit.*, p. 116.

²⁰ F. GENY, *op. cit.*, p. 485.

²¹ Sur ce point, cf. M. SPARER et W. SCHWAB, *Rédaction des lois*, dossier du Conseil de la langue française, Québec, 1980, p. 212.

L'on rappellera, par ailleurs, qu'en plus du phénomène de polysémie, qui vise la compréhension des termes du langage ordinaire, ces termes sont également caractérisés, en ce qui concerne leur extension, par ce qu'on a pu appeler leur "texture ouverte".²² On observera que les acceptions usuelles de ces termes ne fourniront qu'un noyau de signification permettant d'identifier des "situations-types", mais ne permettront pas de décider si les "situations-limites" rentrent dans le champ d'application de la règle qui les contient. Ici aussi, c'est l'appréciation des exigences du contexte juridique et des buts poursuivis par l'institution en question, qui permettra d'apporter la détermination sémantique nécessaire au terme d'un processus de décision incombant à une autorité qualifiée.²³

Dans certains cas, cette ouverture des concepts procédera d'une intention délibérée du législateur qui programme l'imprécision en usant de "standards" ou "notions confuses" en vue, soit de l'adaptation ultérieure du système juridique, soit de la réalisation plus aisée de compromis politiques.²⁴ Amené à donner un contenu aux notions de "faute", de "bonnes moeurs", "d'ordre public", "d'urgence", "d'intérêt général", de "prix normal", le juge devra témoigner d'un sens aigu de la hiérarchie des valeurs que tend à promouvoir le système juridique dans son ensemble.²⁵

Le phénomène d'autonomisation du langage juridique s'accroît encore davantage si on aborde la sémantique proprement juridique comportant, outre des termes latins et de vieux français,²⁶ un réseau important de *concepts techniques* (ou systématiques, ou régulateurs, ou institutionnels). Ici prévaut l'artifice du conceptualisme juridique: tantôt c'est l'indistinction du réel qui est réduite par les procédés de définition d'abord (définition stipulative, chiffrage, énumération exemplative), de classification ensuite (qualification au second degré qui applique des régimes juridiques différenciés aux catégories distinguées: ainsi le classement des nullités en absolues et relatives, le classement des actes juridiques en onéreux et gratuits), tantôt c'est l'indétermination du réel qui est réduite par l'usage de présomptions,

²² H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 159.

²³ H.L.A. HART, *Positivism and the separation of laws and morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, p. 608.

²⁴ En ce sens, cf. Ch. PERELMAN, *L'usage et l'abus des notions confuses*, in *Logique et Analyse*, mars 1978, p. 1-17; E. MACKAAY, *Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision*, in *Langages*, mars 1979, p. 33-50.

²⁵ Ceci, sans occulter le fait que ces notions confuses peuvent emprunter beaucoup à d'autres codes que le juridique.

²⁶ Sur ce point, cf. J.L. SOURIOUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, Paris, 1975, p. 72 et 78; D. MELLINKOFF, *The language of the law*, Boston, 1963, p. 11-16; M. SPÄRER et SCHWAB, *op. cit.*, p. 221.

tantôt enfin le réel est purement et simplement aboli par l'usage de fictions.²⁷

Le procédé le plus caractéristique de ce conceptualisme juridique est l'usage de concepts techniques qui, comme l'ont montré K. Olivecrona et H.L.A. Hart, en s'inspirant du modèle des jeux, ne connaissent pas d'équivalent dans le monde des faits et ne se définissent que par le système des règles qui détermine leur usage.²⁸ Dire que "X est marié" ou "X est président de la République" ne renvoie pas à un complexe de faits matériels; ces propositions ne signifient que dans le cadre d'institutions juridiques données, combinant un ensemble très vaste de règles ainsi qu'un système associé d'évaluations. En dernière analyse, ces propositions présupposent l'existence d'un système juridique largement efficace, associé à un ensemble d'attitudes régularisées et de valeurs intériorisées.

Si un large accord s'est manifesté sur l'analyse du fonctionnement de ces termes techniques, en revanche, des controverses s'élèvent quant à l'établissement de leur nomenclature. Hart parlait dans son article-pionnier des concepts juridiques "principaux" (droit, état, personne morale...). A. Ross, quant à lui, limite la catégorie aux droits subjectifs, sur le modèle du droit de propriété dont il montre qu'il recouvre un faisceau de règles reliant des faits-conditions à des conséquences juridiques.²⁹ En revanche, U. Scarpelli entend élargir l'analyse à l'ensemble des termes désignant des faits qualifiés par des normes, dont il montre qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une définition simple ou explicite (établissement d'une méthode de détermination; ainsi la méthode de mesure en ce qui concerne les termes quantitatifs), Il semble bien que ce point de vue extensif soit également partagé par K. Olivecrona.³⁰ Nous pensons aussi que c'est l'ensemble des termes construisant des réalités juridiques qui sont justiciables d'une définition intra-systémique.

Si l'on se reporte maintenant à notre distinction initiale faits bruts/faits institutionnels, concepts usuels/concepts techniques, on obser-

²⁷ Sur tout ceci, cf. J. DABIN, *op. cit.*, p. 103-232.

²⁸ K. OLIVECRONA, *Law as fact*, 2e éd., Londres, 1971, p. 245-267; H.L.A. HART, *Definition and theory in jurisprudence*, in *The law quarterly review*, vol. 70, 1954, p. 37-60.

²⁹ A. ROSS, *On law and Justice*, *op. cit.*, p. 170-188; *Definition in legal language*, *loc. cit.*, p. 142 et sv. Cette réduction s'explique par la conception "réaliste" de Ross qui le conduit à négliger le "point de vue interne" des règles; ainsi, pour l'auteur danois, un concept comme "punissable" se réduit à la simple probabilité matérielle d'encourir une sanction et ne se différencie donc pas d'un concept comme "dangereux" (*Definition in legal language*, *loc. cit.*, p. 143).

³⁰ K. OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 252: "One word after another in the legal vocabulary can be analysed in a similar way" et p. 258: "The legal vocabulary must be treated as a whole because it functions as a whole".

vera que, chemin faisant, l’opposition s’est considérablement nuancée. D’une certaine manière, c’est l’ensemble du vocabulaire juridique —avec des degrés bien entendu dans l’artifice— qui procède à une reconstruction systématique de son univers de référence. Sans doute, cet univers vise-t-il la “réalité” mais, comme l’a bien montré J. Greimas, le discours législatif produit bien plutôt une “illusion de réalité”, un monde symbolisé par le droit dont la réalité ne se soutient que de la crédibilité des institutions juridiques, leur degré d’intériorisation par les sujets de droit.³¹ A ce travail de symbolisation collaborent, chacun pour leur part, concepts usuels et concepts techniques dont on pourrait dire, pour reprendre une métaphore que Ch. Perelman appliquait aux différentes sortes de règles juridiques, que les premiers fonctionnent comme les premiers concepts maquisards comme concepts “en uniforme”.³²

L’étroite dépendance de l’ensemble des termes du vocabulaire juridique à l’égard du contexte juridique global se trouve encore confirmée par le fait qu’une Cour de cassation comme celle de Belgique n’hésite pas à étendre son contrôle de qualification tant aux termes définis par le législateur qu’à ceux qu’il emprunte au vocabulaire courant. Comme le souligne F. Rigaux, “le contrôle de qualification ne connaît pas de frontières naturelles (le prétendu concret)”.³³

Inversement, la régulation sous-jacente à l’ensemble de la sémantique juridique ne doit pas donner à croire que la construction du discours juridique obéit à une logique rigide et produit des significations univoques; la polysémie et la texture ouverte ne sont pas réservées aux termes du langage courant. La complexité même du système juridique ainsi que son étroite dépendance à l’égard d’un faisceau de valeurs qui ne sont pas toujours convergentes laissent une marge d’indétermination importante au “jurislateur”.

Où nous retrouvons les deux déterminations essentielles du jeu: spontanéité et régularité. Les directives de la sémantique juridique ne sont pas à ce point contraignantes qu’elles brident toute inventivité. Le travail —ou le jeu si l’on préfère, puisque nous n’opposons plus le

31 J. GREIMAS, *Analyse sémiotique d’un discours juridique*, in *Sémiotique des sciences sociales*, Paris, 1980, p. 85 et sv. Nous en arrivons ainsi à formuler une proposition rigoureusement lacanienne: c’est en raison du travail de l’imaginaire des sujets de droit, que la symbolisation juridique est prise pour la réalité.

32 Ch. PERELMAN, *A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode*, in *La règle de droit*, Bruxelles, 1971, p. 136.

33 F. RIGAU, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1974, p. 240 et 262. On retiendra, par ailleurs, la fonction d’intégration conceptuelle qu’exerce un tel contrôle de qualification; la Cour de cassation ne se limite pas, comme le fait une académie, à enregistrer des variations sémantiques; elle interfère directement dans le processus de production du sens (juridique) des concepts légaux.

jeu au sérieux du sens n'est point jugulé par les règles, il prend appui sur elles. Ce jeu est proprement celui du style: variations infinies sur un thème connu, transformations incessantes d'un canevas donné, autogenèse du sens.³⁴

Le style juridique, tantôt serré, tantôt lâche, toujours contrôlé, est essentiellement un style redondant, répétitif et tautologique.³⁵

Il vise en définitive moins à la signification exacte qu'à la signification conforme;³⁶ ainsi il tend à se réduire en formules.³⁷ Ce recours à la formule rappelle les pouvoirs magiques jadis conférés aux mots de la loi; mais, on peut se demander s'il ne contribue pas, aujourd'hui encore, à assurer l'efficace du discours juridique. Le jeu du langage juridique n'est donc pas gratuit;³⁸ il procède d'un investissement de croyance dans l'autorité des termes de la loi.³⁹ A cet effet, contribue largement l'usage de "signifiants rituels"⁴⁰ accumulés en nombre toujours croissant.⁴¹ Enfin, la clôture de langage juridique est définitivement assurée lorsque la répétition de la formule se mue en pure et simple tautologie:⁴² alors apparaît clairement que l'univers créé par le droit, comme le monde engendré par le jeu, n'a réellement pas d'ailleurs.⁴³

³⁴ Sur ce concept de style, cf. P. RICOEUR, *Cours sur l'herméneutique*, Louvain, 1971-1972, p. 40 et sv.

³⁵ En ce sens, cf. P. MIMIN, *Le style des jugements*, Paris, 1970, p. 99 et sv.

³⁶ D. MELLINKOFF, *op. cit.*, p. 293 et sv.

³⁷ J.-L. SOURIOUX et P. LERAT (*op. cit.*, p. 69 et sv.) parlent de "l'usage de stéréotypes" comme "manifestation essentielle de l'effet Thémis"; cf. aussi D. MELLINKOFF, *op. cit.*, (p. 309) qui montre bien comment la langue rituel du droit communique son effet à l'ensemble des réalités qu'il vise, selon le principe magique bien connu du tabou: tout ce qui touche au sacré devient sacré.

³⁸ L'opposition gratuit/onéreux (ou encore productif/improductif) participe également de la distinction classique qui oppose le jeu au réel et que nous récusons.

³⁹ Cf. J. RAY, *op. cit.*, p. 36-37: "Les formules de la loi sont autre chose qu'un vêtement dont on enveloppe les idées pour les faire passer. Elles ont leur prestige et, par là, sont plus déterminantes que ne le croient beaucoup d'interprètes (...). Tous les termes qui entrent dans un texte de loi sont tirés hors du pair, marqués d'un caractère sacré. Seraient-ils empruntés à la langue commune, ils auront pourtant, comme éléments du texte, cette sorte de sainteté qui est pour les sensibilités individuelles le signe de l'autorité sociale".

⁴⁰ P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, 1974, p. 96.

⁴¹ On trouvera une illustration très frappante de ce phénomène dans la glose jurisprudentielle relative à la notion pénale de "bonnes moeurs"; cf. sur ce point, F. OST et M. van de KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles (à paraître).

⁴² Cf. H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, Paris, 1968, p. 126: "le langage rituel et autoritaire édicte et, par les pouvoirs de l'appareil, il établit les faits —c'est une énonciation qui se valide elle-même. Il baigne dans les tautologies".

⁴³ Ou, plus exactement, s'il a un extérieur, il s'agit de "son" extérieur (désigné en fonction de son propre découpage symbolique): "hors jeu", "hors la loi"; cf., sur ceci, J. EHRMANN, *loc. cit.* p. 607.

Section 2: Le “jeu” de l’interprétation judiciaire de la règle de droit

Les deux pôles —régulation et liberté— à partir desquels se définit, de manière dialectique, tout jeu, ne permettent pas seulement de caractériser la construction linguistique de la règle de droit. Ils fournissent également les éléments autour desquels se réalise l’application de celle-ci et, plus particulièrement, son interprétation judiciaire.

La succession historique des deux principaux modèles d’interprétation juridique —modèles exégétique et évolutionniste— ainsi que des tentatives de dépassement —ou plutôt de conciliation— de ces modèles, telles que l’illustre, par exemple, la théorie de la libre recherche scientifique de François Géný⁴⁴ ou la théorie de l’autonomie des textes de Pierre Pescatore⁴⁵ manifestent très nettement cette oscillation.

Stigmatisant d’abord l’école de l’exégèse et relevant la part de liberté de l’interprète, F. Géný souligne ainsi “qu’il y a pure illusion à penser que le *jeu* de l’interprétation des textes constitue un organisme d’interprétation catégorique qui puisse soustraire les solutions à la mobilité des *appréciations subjectives*”.⁴⁶ Condamnant ensuite l’école évolutionniste du Freirecht, Géný évoque également les contraintes qui pèsent sur cette appréciation, en ajoutant qu’il “n’est pas à conclure que cette appréciation soit livrée à la mobilité et au désordre des conceptions subjectives” et qu’il convient de discerner “les éléments *objectifs* capables de fournir au juge la lumière qui *éclaire* ses décisions”.⁴⁷

Sans vouloir reprendre dans le détail l’analyse critique de ces différents modèles de l’interprétation, nous nous contenterons de mettre en relief ce que l’idée même de “jeu” est susceptible d’apporter comme enseignement dans cette analyse.

Rappelons d’abord que nous entendons écarter ici les schémas dualistes —réalité-fiction, nature-culture, sérieux-gratuité, déterminations-liberté, objectivité-subjectivité— à partir desquels se sont construites la plupart des conceptions classiques du jeu, pour adopter une conception plus proche d’un sens apparemment secondaire du mot. Ce sens est celui qui est visé lorsqu’on dit d’une pièce d’un mécanisme ou d’une porte qu’elle “joue” ou qu’elle “a du jeu”.⁴⁸

⁴⁴ F. GENÝ, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2e éd., Paris, 1919.

⁴⁵ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, p. 335-337.

⁴⁶ F. GENÝ, *Méthode d’interprétation*, *op. cit.*, t. 1, p. 217.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 219.

⁴⁸ En ce sens, cf. J.C., *op. cit.*, p. 436 et J.E., *vo Jeu*, in *Enc. Universalis*, *op. cit.*, p. 455.

Dans ce cas, en effet, apparaît un lien indissociable entre les éléments à première vue antinomiques que nous avons évoqués: le jeu n'existe qu'en fonction, d'une part, d'un mécanisme ou d'un cadre contraignant et limitatif et, d'autre part, d'une certaine "latitude" ou "liberté" de mouvement à l'intérieur de ces limites. Loin d'être pure liberté ou pure détermination, le jeu réside plutôt dans la tension même qui s'instaure entre ces deux pôles et le déploiement d'une activité qui paraît "aussi éloignée d'une création d'imprévisible nouveauté que d'une simple reproduction mécanique des conditionnements initiaux".⁴⁹

Si l'on s'efforce de préciser cette idée générale, il semble possible de dire qu'un jeu constitue, selon l'expression de Bourdieu, un "champ" régi à la fois par des règles qui lui sont propres et une certaine liberté de manoeuvre laissée aux joueurs, mais qui est aussi fondamentalement orienté par un "sens du jeu", habitus qui réside dans un "système acquis de schémas générateurs" objectivement ajustés à la logique caractéristique du jeu en question⁵⁰ et qui "est au principe de ces enchaînements de "coups" qui sont objectivement organisés comme des stratégies sans être le produit d'une véritable intention stratégique".⁵¹

En appliquant cette structure particulière au "jeu" de l'interprétation judiciaire de la règle de droit, on peut dégager les idées suivantes.

1) Outre le fait qu'elle a pour *objet* des règles, l'interprétation judiciaire est d'abord un jeu régi par des règles spécifiques.

Parmi celles-ci, on peut d'abord citer des règles constitutives de l'activité juridictionnelle en général, telles que l'interdiction de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (art. 5 du Code civil devenu l'art. 6 du Code judiciaire), l'interdiction du déni de justice (art. 4 du Code civil, devenu l'art. 5 du Code judiciaire) et l'obligation de motiver le jugement (art. 97 de la Constitution). Ces règles fournissent un premier cadre institutionnel contraignant à l'intérieur duquel s'inscrit le jeu spécifique de l'interprétation, comme on peut imaginer des règles générales définissant les conditions d'admission à un certain type de compétition sportive, tel que les jeux olympiques, par exemple.

Ces règles sont véritablement constitutives d'une telle activité au sens où Searle a pu dire qu' "elles créent ou définissent de nouvelles formes de comportement",⁵² ce qui permet de dire qu'au regard du

⁴⁹ P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, 1980, p. 92.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 92.

⁵¹ *Ibidem*, p. 104.

⁵² J.R. SEARLE, *op. cit.*, p. 72.

système juridique, une interprétation qui ne respecterait pas l’une de ces règles ne rentrerait pas dans le “jeu” judiciaire.

On peut citer ensuite des règles constitutives de l’activité interprétative proprement dite. Bien qu’elles n’aient pas été consacrées par des textes législatifs, de telles règles se dégagent de la doctrine et de la jurisprudence. Ainsi GénY affirme-t-il que “interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l’aide de la formule qui l’exprime”.⁵³ Une telle règle comporte généralement un double corollaire que l’on trouve consacré dans de nombreuses décisions de jurisprudence. Le premier est que l’interprétation d’une loi est plus qu’une simple *application* de celle-ci et qu’en particulier une loi claire ne doit être qu’appliquée, mais non pas interprétée.⁵⁴

Le deuxième corollaire est que l’interprétation d’une loi est moins que la *solution d’une lacune* ou le développement d’un droit imparfait et inadapté⁵⁵ et que, en particulier, la solution de lacunes se trouve exclue de certaines matières, comme la droit pénal et le droit fiscal, alors que l’interprétation y es admise.

Même si cette définition doublement *restrictive* de l’interprétation est critiquable⁵⁶ et sans aucun doute empreinte de fiction, elle n’en est pas moins révélatrice de l’idée que l’interprétation serait un jeu distinct à la fois de la simple reproduction d’une signification préexistante et de la libre création d’une significations nouvelle, ce par quoi nous retrouvons, à un niveau constitutif, l’idée d’un nécessaire dépassement de l’opposition liberté-contrainte déjà évoquée.

Une troisième catégorie de règles, enfin, réside dans un ensemble de directives d’ordre méthodologique ainsi que des directives dites de second degré —de procédure et de préférence— réglant l’ordre d’utilisation et la hiérarchisation des premières.⁵⁷ Moins contraignantes que les précédentes, et consistant davantage en des indications “techniques” qu’en de véritables dispositions impératives, ces règles fournissent à l’interprète un “clavier” suffisamment large pour atteindre, sur des registres, un résultat harmonieux. Si l’on préfère cette autre comparaison, ces règles autorisent le joueur à recourir à des “coups” suffisamment variés pour adapter sa stratégie aux différentes positions possibles de l’adversaire et parvenir à la victoire.

⁵³ F. GENY, *Méthode d’interprétation*, op. cit., p. 265.

⁵⁴ Cf. M. van de KERCHOVE, op. cit., p. 18-19.

⁵⁵ P. PESCATORE, op. cit., p. 304; Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, p. 46.

⁵⁶ Cf. notamment F. OST, *L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*, in *L’interprétation en droit*, op. cit., p. 110 et sv.

⁵⁷ Cf. J. WROBLEWSKI, *L’interprétation en droit: théorie et idéologie*, in *Archives de philosophie du droit*, t. XVII, 1972, p. 60 et sv.

2) L'interprétation judiciaire n'est pas seulement soumise à des règles et des contraintes. Même si l'on part d'une règle constitutive comme celle formulée par Gény, il faut bien admettre que la formule légale possède nécessairement une texture suffisamment "ouverte" pour autoriser "une part d'incertitude interprétative, une part de jeu".⁵⁸ D'autre part, la volonté du législateur est également loin de constituer une contrainte absolue, dans la mesure où celle-ci se trouve nécessairement limitée sur un triple plan matériel, (information et prévision limitées des situations à régler), psychologique (dépendance de la volonté d'un ensemble de mécanismes inconscients) et institutionnel (caractère collectif des assemblées; fréquence de compromis nécessaires à l'aboutissement d'un vote majoritaire, source d'incertitude et de contradictions).

Il en résulte que l'interprétation judiciaire n'est pas seulement un jeu réglé, mais encore ouvert à une certaine liberté de l'interprété où la subjectivité, la fantaisie, voire l'arbitraire, a priori, ne sont pas nécessairement absents.

3) La reconnaissance d'une certaine liberté dans le chef de l'interprète ne saurait cependant faire illusion. De même qu'on ne saurait réduire un jeu quelconque au respect formel des règles qui le régissent et estimer, pour le surplus, que les joueurs sont libres d'adopter n'importe quel comportement non prohibé, il paraît impossible d'adopter cette attitude pour l'interprétation de la règle de droit.

Participer à un jeu implique également que l'on adhère au "but du jeu"⁵⁹ (marquer un maximum de buts, mettre l'adversaire "échec et mat", etc), que l'on soit sensible à ses "enjeux" (obtenir une "qualification", remporter un prix, renforcer le moral des joueurs ou de la collectivité qu'ils représentent) et que l'on mette positivement en œuvre tous les moyens pour y parvenir (choix, dans l'infinité des coups permis, de ceux qui paraissent avoir l'effet le plus utile et s'adaptent au mieux à un certain effet attendu).

Ce n'est qu'à ces conditions que le joueur sera véritablement "pris au jeu" et évitera que ses partenaires et ses partisans, voire ses adversaires, lui disent: "ce n'est pas du jeu" et lui reprochent son indifférence, sa fantaisie, son individualisme, voire son arbitraire.

Il semble en être de même en ce qui concerne l'interprétation.

Si l'on en croit Kelsen, "le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application,

⁵⁸ J.E., *op. cit.*, p. 455. Dans la même mesure, il convient d'ailleurs de rejeter l'idée selon laquelle il existe des textes qui seraient à l'abri de toute forme d'interprétation. Cf. M. van de KERCHOVE, *op. cit.*, p. 37 et sv.

⁵⁹ J.R. SEARLE, *op. cit.*, p. 73, note 10.

et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier".⁶⁰

Le recours à l'idée de jeu permet de comprendre les limites de validité d'un tel modèle. Si toutes les interprétations compatibles avec la volonté du législateur (partiellement indéterminée) et la formule légale (partiellement ouverte) peuvent être effectivement considérées comme "régulières", il s'en faut de beaucoup pour qu'elles puissent se voir reconnaître la même "valeur" ou le même degré d'adéquation au regard du but de l'interprétation et de ses enjeux majeurs.

Sans pouvoir la développer ici, nous partirons de l'idée que le but ultime effectivement assigné à l'interprétation réside dans le maintien ou la restauration de la rationalité du système juridique considéré dans son ensemble.⁶¹

Pour se convaincre du caractère "dominant" de cette finalité, il suffit de constater *a contrario* l'opprobre général qu'ont suscité en France, à la fin du siècle dernier, le "phénomène Magnaud" et, plus récemment, la jurisprudence "alternative" conçue par le Syndicat de la magistrature. Or, malgré les différences qu'on peut voir entre ces deux phénomènes, il s'agit bien dans les deux cas d'une pratique interprétative qui suppose une rupture par rapport à la cohérence du "système". Elle consiste d'une part dans l'introduction "d'éléments véritablement hétérogènes"⁶² alimentés par une approche "humanitaire" du litige et qualifiés par Gény d'"impressionnisme anarchique"⁶³ et par Mimin de "niaiserie"⁶⁴ ou, d'une autre part, en une analyse politique faisant appel à des principes "suprajuridiques".⁶⁵ Dans les deux cas, le but d'"harmonisation" imparti à l'interprétation est "déjoué", suscitant les qualifications de "subjectivité",⁶⁶ d'"arbitraire, de légèreté ou de fantaisie".⁶⁷

En n'adhérant pas à l'esprit du système et en ne cherchant pas à consolider sa cohérence, l'interprète est donc bien près de ne plus "jouer le jeu" qui lui est assigné.

Au contraire, "l'esprit (le sens du jeu) juridique" comporte "la connaissance, par le juriste, de l'ordonnance générale qui préside au

⁶⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. de la 2^e éd. par Ch. Eisenmann, Paris 1962, p. 457.

⁶¹ Pour plus de détails, cf. F. OST, *op. cit.*, p. 100 et sv.

⁶² G. GENY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, t. II, p. 296.

⁶³ *Ibidem*, p. 303.

⁶⁴ P. MIMIN, *op. cit.*, p. 257 et 258.

⁶⁵ *Justice* 76, no. 50, neuvième congrès du syndicat de la magistrature, p. 32.

⁶⁶ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, p. 299.

⁶⁷ F. DUMON, *La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions*, in *Journal des tribunaux*, 1975, p. 543.

système, la vue permanente de l'architecture qui range les principes en une perspective, assurant leur superposition organique et leur cohérence logique"... "Dans la réalité complexe, il *isole* le juridique et le situe dans le système".⁶⁸

Loin de suggérer l'existence de véritables "choix" délibérés —qui ne seraient que fantaisie pure et jongleries⁶⁹ avec les règles— le recours au sens du jeu permet de comprendre comment ces choix sont "systématiques",⁷⁰ c'est-à-dire orientés par la nécessaire harmonisation du système juridique considéré.

Il en va de même pour les "enjeux" de l'interprétation. Comment ne pas apercevoir que tout acte d'interprétation est l'occasion pour le juge de manifester ou de contredire non seulement son attachement au système juridique, son sens des intérêts et des valeurs qu'il incarne et "sa conviction de l'utilité des règles existantes".⁷¹ mais encore son "esprit de corps"⁷² et la défense de "l'ordre social établi"?⁷³

A la lumière de ces considérations, on peut mieux comprendre comment, malgré une incontestable latitude laissée à l'interprète par les règles qui régissent son activité, l'interprétation tient moins de la "libre création" que de la "découverte" (*Rechtsfindung*),⁷⁴ tout comme le joueur ne "crée" pas véritablement les "coups" qu'il met en oeuvre, mais les "trouve" et les "ajuste" à la lumière du but qu'il poursuit et des enjeux qui sous-tendent son activité.

On peut dire, en quelque sorte, que le juge doit "trouver la pièce manquante du puzzle juridique et en découper les contours de manière à ce qu'elle s'emboîte parfaitement avec toutes les autres et contribue ainsi à reproduire la représentation d'ensemble".⁷⁵

⁶⁸ Cl. DU PASQUIER, *Valeur et nature de l'enseignement juridique*, Genève, 1950, p. 22.

⁶⁹ F. DUMON, *op. cit.*, p. 544.

⁷⁰ P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 111.

⁷¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1944, t. 14.

⁷² Cf. J. LECLERCQ, *Renouveau ou déclin du pouvoir judiciaire*, cité par F. DUMON, *op. cit.*, p. 543: "le corps judiciaire, pour être efficace, doit être cohérent et hiérarchisé: cohérent parce que, sans un corps permanent et organisé, c'est le règne de la dispersion, de la confusion, sinon de la fantaisie, au détriment du justiciable et de la justice, hiérarchisé parce que, sans une hiérarchie, il n'est pas de cohésion ni de discipline possible".

⁷³ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 14; cf. aussi F. GENY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, t. II, p. 301: "le Président Magnaud met en saillie les lacunes ou les vices de l'organisation sociale, pour ériger le juge en correcteur de ces désordres... (p. 303)...; ceuz qui (ont) *pleine conscience de la nécessité primordiale de l'ordre dans la vie sociale*, ne peuvent que répudier toute solidarité avec la jurisprudence des "bons juges".

⁷⁴ Cf. F. DUMON, *op. cit.*, p. 543; ASSER'S, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Algemeen deel, 1974, p. 12. Ce dernier souligne notamment que l'opposition création/application n'existe que pour celui qui ne dissocie pas la prise en considération de chaque règle particulière et celle du système juridique tout entier.

⁷⁵ J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980, p. 243.

En conclusion, il apparaît que, à l’image du jeu, dont de rôle inventif ne peut manquer les régularités et la systématique, le langage juridique révèle une texture partiellement ouverte qui ne peut faire oublier la clôture fondamentale du système normatif qu’il véhicule, de même que l’interprétation judiciaire manifeste une latitude dans l’application de la règle de droit qui ne peut oblitérer le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent cette activité et en réduisent singulièrement le caractère créateur.